

§ 31 Vergabe von Aufträgen

(1) Der Vergabe von Aufträgen muss eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine beschränkte Ausschreibung oder eine freihändige Vergabe rechtfertigen.

(2) Bei der Vergabe von Aufträgen und dem Abschluss von Verträgen sind die Vergabegrundsätze anzuwenden, die das Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr im Einvernehmen mit dem Staatsministerium der Finanzen, für Landesentwicklung und Heimat bekannt gibt.

Einschlägige Vorschriften und Bestimmungen

Art. 61 Abs. 2 und 123 Abs. 1 Nr. 3 GO

IMBek vom 14.10.2005 Az.: IB3-1512.4-138 (AllMBl S. 424), zuletzt geändert durch IMBek vom 12.12.2012 (AllMBl 2013 S. 6), abgedruckt als Anhang 1

§ 87 Nr. 7 KommHV-Kameralistik

VV Nr. 1 zu § 27 KommHV-Kameralistik

Eigenbetriebe: § 9 EBV

Krankenhäuser: § 1 WKKV

§§ 97–129b GWB, VgV, BayNpV, BayBauVG, VOB/A, VOB/B, VOB/C, jeweils einschließlich der EG-Bestimmungen VÖL/A EGLiefKoRi, VOL/B EGLiefKoRi VOF

Erläuterungen

1. Allgemeines
 - 1.1 Landesrechtlichen Vorschriften,
 - 1.2 Bundesrechtlichen Vorschriften,
 - 1.3 Öffentliche Aufträge
 - 1.4 Zuschlag
 - 1.5 Hinweise des Staatsministeriums des Innern (Entgeltlichkeit, Leistungen durch ein Unternehmen, nicht vergaberechtsrelevante Organisationsakte, Gründung eines Unternehmens, vergaberechtsrelevante Beschaffungsvorgänge)
2. Landesrechtliche Vorschriften
 - 2.1 Allgemeiner Grundsatz
 - 2.2 Verbindliche Vergabegrundsätze nach § 31 Abs. 2 KommHV-Kameralistik, § 30 Abs. 2 KommHV-Doppik
 - 2.2.1 Anzuwendende Vergabegrundsätze
 - 2.2.2 Geltung des europäischen Primärrechts
 - 2.2.3 Wertgrenzen bei Beschränkter Ausschreibung und Freihändiger Vergabe
 - 2.2.3.1 Beschränkte Ausschreibung
 - 2.2.3.2 Freihändige Vergabe

- 2.2.4 Kreis der Anwender der Vergabegrundsätze
- 2.3 Wertungspauschale
- 3. Bundesrechtliche Vorschriften
 - 3.1 Allgemeines
 - 3.2 Begriffsdefinitionen
 - 3.2.1 Öffentliche Aufträge, Lieferaufträge, Bauaufträge, Dienstleistungsaufträge, Auslobungsverfahren
 - 3.2.2 Verdingungsordnungen
 - 3.2.3 Geltungsbereiche der Verdingungsordnungen
 - 3.2.4 Unterschiedliche Vergabeverfahrensarten
 - 3.3 Schwellenwerte
- 4. Präqualifikation von Bauunternehmen
- 5. Besondere Hinweise
 - 5.1 Tariftreueerklärung
 - 5.2 Scientologie-Organisation
 - 5.3 Kinderarbeit
- 6. Zuständigkeit bei den Kommunen
- 7. Behandlung in öffentlicher oder in nichtöffentlicher Sitzung
- 8. Nachprüfungsverfahren
 - 8.1 Nachprüfung von Vergaben nach kommunalrechtlichen Vorschriften
 - 8.1.1 Vergabe von Bauaufträgen
 - 8.1.2 Vergabe von Lieferungen und Leistungen
 - 8.1.3 Weitere Folgen bei Rechtsverletzungen
 - 8.2 Nachprüfungsverfahren von Vergaben nach bundesrechtlichen Vorschriften
 - 8.2.1 Allgemeines
 - 8.2.2 Verfahren vor der Vergabekammer
 - 8.2.2.1 Rechtsschutz des Bieters
 - 8.2.2.2 Schutz des Auftraggebers
 - 8.2.3 Verfahren vor dem Oberlandesgericht München
 - 8.2.4 Verfahren vor den ordentlichen Gerichten
- 9. Bevorzugung ortsansässiger Bieter
- 10. Vergabehandbuch
 - 10.1 Handbuch für die Vergabe und Durchführung von Bauleistungen (VHB Bayern)
 - 10.2 Handbuch für die Vergabe von Lieferungen und Leistungen durch Behörden der Staatsbauverwaltung (VHL Bayern)
 - 10.3 Handbuch für die Vergabe von freiberuflichen Leistungen (VHF Bayern)
- 11. Rückforderung von Zuwendungen bei schweren Vergabeverstößen
- 12. Verwaltungsvorschriften für Zuwendungen des Freistaates Bayern an kommunale Körperschaften (VKK)
- 13. Beschleunigung von Vergabeverfahren in den Jahren 2009, 2010 und 2011

14. Kauf von Büchern für die Schule
 - 14.1 Preisbindung
 - 14.2 Vergaberechtliche Betrachtung
 - 14.2.1 Kauf von Büchern für die Schülerbücherei
 - 14.2.1.1 Vergaben unterhalb des Schwellenwertes von 200 000 € ohne Umsatzsteuer (§ 1 i. V. mit § 2 Nr. 2 VgV)
 - 14.2.1.2 Aufträge ab einem Schwellenwert von 207 000 € ohne Umsatzsteuer
 - 14.2.2 Kauf von lernmittelfreien Büchern
 - 14.2.2.1 Auftragsvolumen unterhalb von 200 000 € ohne Umsatzsteuer
 - 14.2.2.2 Auftragsvolumen ab dem EG-Schwellenwert von 200 000 € ohne Umsatzsteuer
 - 14.2.3 Zusammenzählung der Einzelwerte aller Beschaffungen
15. Vergabe von Strom- und Erdgaslieferverträgen durch die Kommunen
 - 15.1 Verträge unterhalb des Schwellenwertes
 - 15.2 Verträge ab dem Schwellenwert
 - 15.3 Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht – Inhouse-Geschäfte
 - 15.4 Rahmenvereinbarungen
 - 15.5 Bündelausschreibungen
16. Ausschreibung von kommunalen Grundstücksverkäufen
17. Lohnvorgaben im Zusammenhang mit Vergaben
18. Übersicht über die anzuwendenden Vorschriften bei der Vergabe kommunaler Aufträge
19. Beratung kommunaler Auftraggeber

Anhänge

- | | |
|------------|--|
| Anhang 1 | Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich, IMBek vom 14.10.2005 |
| Anhang 2 | Anwendung der VOB durch die Kommunen, IMS vom 15.3.2006 |
| Anhang 3 | Gesetz über die Preisbindung für Bücher |
| Anhang 4 | Vergabe von Schulbuchaufträgen durch die Kommunen, WJVTS vom 10.5.2005 |
| Anhang 5.1 | Präqualifikation von Bauunternehmen; Erteilung von Referenzen, IMS vom 17.10.2006 |
| Anhang 6 | Beschleunigung von Vergabeverfahren in den Jahren 2009 und 2010, Bek vom 3.3.2009 |
| Anhang 7 | Umsetzung des zweiten Konjunkturpakets des Bundes; Beschleunigung von Vergabeverfahren kommunaler Auftraggeber in den Jahren 2009 und 2010, IMS vom 4.3.2009 |

- Anhang 8 Konjunkturpaket II – Gesetz zur Umsetzung von Zukunftsinvestitionen der Kommunen; Einbeziehung finanzschwacher Kommunen, IMS vom 3.3.2009
- Anhang 9 Handreichung zur Anwendung des Vergaberechts bei kommunalen Grundstücksgeschäften, IMS vom 20.12.2010
- Anhang 10 **Tarifreue:**
Schreiben des Bayer. Staatsministeriums des Innern vom 19.04.2010 Az.: I B3-1512.4-183
- Anhang 11 **Das wirtschaftlichste Angebot:**
Hinweise zur richtigen Gestaltung und Wertung im Vergabeverfahren des Bayer. Staatsministeriums für Wirtschaft und Medien, Energie und Technologie
- Anhang 12 **Kinderarbeit:**
Vermeidung des Erwerbs von Produkten aus ausbeuterischer Kinderarbeit;
Bekanntmachung der Bayer. Staatsregierung vom 29.04.2008 Az.: B II 2-515-252
- Anhang 13 **Vergabe und Nachprüfung öffentlicher Aufträge nach dem GWB, Leitfaden des Bayer. Staatsministeriums für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie**

1. Allgemeines

Das Vergabewesen der Kommunen ist geregelt in:

1.1 Landesrechtlichen Vorschriften,

soweit die durch Bundesrecht festgesetzten Schwellenwerte nicht erreicht oder überschritten werden (siehe § 97 Abs. 6 GWB und § 2 VgV, abgedruckt unter I 3 a und I 3 b).

1.2 Bundesrechtlichen Vorschriften,

wenn die oben angesprochenen Schwellenwerte erreicht oder überschritten werden.

1.3 Öffentliche Aufträge

Dem Vergaberecht unterliegen **öffentliche Aufträge**, das sind **entgeltliche Aufträge** von öffentlichen Auftraggebern mit Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, Baukonzessionen und Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen.

Da es immer wieder Vertragsgestaltungen gibt, bei denen nicht sofort ersichtlich ist, ob es sich um öffentliche Aufträge im Sinne des Vergaberechts han-

delt – vgl. dazu z. B. die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zu kommunalen Grundstücksgeschäften – wird den **Kommunen dringend empfohlen**, bei der Frage, wann ein ausschreibungspflichtiger Vertrag vorliegt, sich von den Rechtsaufsichtsbehörden und den VOB-Stellen bei den Regierungen beraten zu lassen. Gerade in Grenzfällen kommt es oft auf die Beurteilung des konkreten Einzelfalles an.

Zur Prüfung der Frage, ob ein öffentlicher Auftrag im Sinne des Vergaberechts vorliegt, hat das Bayer. Staatsministerium des Innern in seinem Schreiben vom 24.4.2008 Nr. I B3 – 1512.4 – 161 u. a. die unter Nr. 1.5 abgedruckten Hinweise gegeben:

1.4 Zuschlag

Der Zuschlag soll auf das Angebot erteilt werden, das unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte, wie z. B. Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebs- und Folgekosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe oder Ausführungsfrist als das wirtschaftlichste erscheint. **Der niedrigste Angebotspreis alleine ist nicht entscheidend** (siehe § 16 Abs. 6 Nr. 3 VOB/A, § 16 Abs. 8 VOL/A und § 18 Abs. 1 VOL/A).

Das Bayer. Staatsministerium für Wirtschaft und Medien, Energie und Technologie hat zur richtigen Gestaltung der Ausschreibungsunterlagen und zur Wertung im Vergabeverfahren Hinweise gegeben.

Hauptpunkte sind:

Vorbereitung des Vergabeverfahrens

1. Erstellung der Leistungsbeschreibung
 - Anforderung an die Leistungserbringung
 - Mittelständische Aspekte
 - Soziale und umweltbezogene Aspekte
 - Gütezeichen
2. Festlegung der Eignungskriterien
 - Eignungskriterien, Fachkunde
 - Leistungsfähigkeit
 - Zuverlässigkeit
 - Grenzen bei der Wahl der Anforderungen
 - Bekanntgabe der Eignungskriterien an die Bieter
3. Festlegung der Wertungskriterien
 - Wertungsmaßstab
 - Wertungskriterien

- Gewichtung der Wertungskriterien
- Grenzen bei der Auswahl der Wertungskriterien

Ablauf des Wertungsverfahrens im Einzelnen

1. Ausschlussprüfung
2. Eignungsprüfung
3. Prüfung der Angemessenheit des Preises
4. Auswahl des wirtschaftlichen Angebots
 - Wertungsgrundsätze und Wertungsmaßstab
 - Auswahlentscheidung
 - Vorgehensweise in der Praxis
 - Wertungsbeispiel

Folgen der Fehlerhaften Wertung

Die Hinweise des Bayer. Staatsministeriums für Wirtschaft und Medien, Energie und Technologie sind als Anhang 11 im Anschluss an die Erläuterungen zu § 31 KommHV-Kameralistik abgedruckt.

1.5 Hinweise des Staatsministeriums des Innern (Entgeltlichkeit, Leistungen durch ein Unternehmen, nicht vergaberechtsrelevante Organisationsakte, Gründung eines Unternehmens, vergaberechtsrelevante Beschaffungsvorgänge)

„Entgeltlichkeit

Für das Merkmal der Entgeltlichkeit kommt es nicht darauf an, dass unmittelbar zwischen öffentlichem Auftraggeber und Auftragnehmer eine Geldleistung fließt. Entscheidend ist vielmehr, ob eine **Gegenleistung mit geldwertem Charakter** vereinbart ist.

(Fortsetzung Seite 5)

Konzessionen, d. h., Vereinbarungen, bei denen die Gegenleistung statt in einer Vergütung in einem Recht auf Nutzung der Leistung besteht, unterliegen im Zusammenhang mit der Erbringung von Bauleistungen (Baukonzessionen) den vergaberechtlichen Vorschriften. Bei der Vereinbarung von Dienstleistungskonzessionen sind derzeit nur die bereits genannten primärrechtlichen Grundsätze des fairen Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung zu beachten.

Leistung durch ein Unternehmen

Unerheblich für das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags ist, ob es sich um einen zivilrechtlichen oder einen öffentlich-rechtlichen Vertrag handelt. Auch ist nicht zwingend erforderlich, dass es sich beim Auftragnehmer um einen Privaten handelt.

Entscheidend ist ausschließlich, ob die Erbringung einer **Leistung** durch einen **Dritten** gegen Entgelt vereinbart ist.

Abgrenzungsschwierigkeiten können hier insbesondere bei der kommunalen Zusammenarbeit und der Auftragsvergabe an kommunale Unternehmen auftreten.

Grundsätzlich gilt nach derzeitiger Rechtslage Folgendes:

nicht vergaberechtsrelevante Organisationsakte

- Werden im Rahmen der **kommunalen Zusammenarbeit** durch eine Zweckvereinbarung oder die Gründung eines Zweckverbands **Aufgaben** auf eine andere Gebietskörperschaft zur Erledigung in **eigener Zuständigkeit übertragen**, so ist dieser Vertrag grundsätzlich nicht ausschreibungspflichtig. Dies ergibt sich daraus, dass in diesen Fällen nicht die Beschaffung einer Bau-, Liefer- oder Dienstleistung im Vordergrund steht, sondern die Übertragung einer Aufgabe, also ein Organisationsakt.

Vergaberechtsrelevant sind dagegen Fälle, in denen sich die interkommunale Zusammenarbeit darauf beschränkt, dass die Beteiligten eine Kommune ohne Aufgabenübertragung lediglich mit einer **Leistung** beauftragen, die ebenso auch ein Privater erbringen könnte (**Beispiel**: eine Kommune stellt einer anderen Personal und/oder Einrichtungen für die Durchführung der kommunalen Verkehrsüberwachung zur Verfügung, ohne dass sich die Zuständigkeiten ändern). In solchen – in Bayern nur vereinzelt vorkommenden – Fällen liegt ein öffentlicher Auftrag vor, der der Ausschreibungspflicht unterliegt. Die Voraussetzung der Entgeltlichkeit ist bereits erfüllt, wenn nur eine Kostenerstattung vereinbart wird.

- Die **Gründung eines Unternehmens** in öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Rechtsform durch eine oder mehrere **Kommunen** ist in der Regel kein ausschreibungspflichtiger Beschaffungsvorgang, sondern ebenfalls ein nicht vergaberechtsrelevanter Organisationsakt.

Bei der Gründung einer Beteiligungsgesellschaft mit **privaten Partnern** weist die EU-Kommission allerdings in ihrer Mitteilung vom 05.02.2008 zu Institutionalisierten Öffentlich-Privaten Partnerschaften (IÖPP) darauf hin, dass bei der Auswahl des privaten Partners ein faires und transparentes Verfahren durchzuführen ist. Soll die Beteiligungsgesellschaft einen öffentlichen Auftrag erbringen, sind die Verfahrensvorschriften des Vergaberechts zu beachten. Gleichzeitig stellt die Mitteilung klar, dass eine doppelte Ausschreibung bei der Wahl des Partners und der Vergabe eines öffentlichen Auftrags an die Gesellschaft nicht

erforderlich ist, sofern dieser Auftrag bereit in der Ausschreibung zur Wahl des Partners hinreichend konkretisiert ist.

vergaberechtsrelevante Beschaffungsvorgänge

Bei der Beurteilung der Ausschreibungspflicht eines **Einzelauftrags** eines Gesellschafters an die Gesellschaft, an der er beteiligt ist, ist maßgeblich, ob es sich um eine Leistung an einen **Dritten** oder um ein (ausschreibungsfreies) **Inhouse-Geschäft** handelt.

Nach den vom EuGH entwickelten „Teckal-Kriterien“ (Urteil des EuGH vom 18.11.1999, C-107/98) liegt ein **Inhouse-Geschäft** vor, wenn

- der Auftraggeber über das Unternehmen eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt (Kontrollkriterium) **und**
 - das Unternehmen seine Tätigkeit im Wesentlichen für den Auftraggeber oder eine andere Gebietskörperschaft verrichtet, die Anteile am Auftragsnehmer innehat (Wesentlichkeitskriterium).
- Mit dem Urteil vom 11.01.2005 (C-26/03 – Stadt Halle) hat der EuGH klar gestellt, dass ein Inhouse-Geschäft bei einer auch nur minimalen **privaten Beteiligung nicht** vorausgesetzt werden kann, so dass in diesem Fall die Aufträge an das kommunale Unternehmen ausschreibungspflichtig sind. Eine Ausschreibungspflicht hat der EuGH auch in Fällen angenommen, in denen zunächst eine zu 100 % in kommunaler Hand stehende Eigengesellschaft beauftragt wurde, wobei jedoch bereits geplant war, in einem zweiten Schritt (in engem zeitlichen Zusammenhang) Anteile der Gesellschaft an einen Privaten zu veräußern (Urteil vom 10.11.2005, C-29/04 – Mödling). Den engen zeitlichen Zusammenhang sieht der EuGH als gegeben an, sofern eine private Kapitalbeteiligung während der Vertragslaufzeit der Aufgabenübertragung beabsichtigt ist (Urteil vom 06.04.2006, C 410/04 – ANAV).
- Im Regelfall lässt sich aus der Rechtsprechung des EuGH (s. auch Urteil vom 11.05.2006, C-340/04 – Carbotermo) ablesen, dass eine Konstruktion, bei der der öffentliche Auftraggeber **allein oder zusammen** mit anderen öffentlichen Stellen die Kontrolle ausübt, das Kontrollkriterium für ein Inhouse-Geschäft grundsätzlich erfüllt, sofern nicht die besonderen Umstände des Einzelfalls die Kontrollmöglichkeiten schwächen.

Dies kann z. B. zum Tragen kommen bei der Erteilung von Einzelaufträgen durch eine Mitgliedsgemeinde an ihren **Zweckverband** ohne private Beteiligung. Keine der öffentlichen Stellen hat hier eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle. Es genügt aber, dass die öffentlichen Stellen gemeinsam auf strategische Ziele und wichtige Entscheidungen ausschlaggebenden Einfluss ausüben können. Damit ist vermieden, dass größere Städte gegenüber kleineren Gemeinden privilegiert werden, die öffentliche Aufgaben ggf. im Wege der kommunalen Zusammenarbeit erfüllen müssen.“

2. Landesrechtliche Vorschriften

2.1 Allgemeiner Grundsatz

In Art. 123 Abs. 1 Nr. 3 GO wird das Staatsministerium des Innern ermächtigt, im Einvernehmen mit dem Staatsministerium der Finanzen die Ausschreibung von Lieferungen und Leistungen und die Vergabe von Aufträgen durch

Rechtsverordnung zu regeln. Das Innenministerium hat von dieser Ermächtigung durch Erlass des § 31 KommHV-Kameralistik und § 30 KommHV-Doppik Gebrauch gemacht. Dort ist zunächst in Abs. 1 allgemein normiert, dass der Vergabe von Aufträgen eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen muss, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine beschränkte Ausschreibung oder eine freihändige Vergabe rechtfertigen. Das bedeutet, dass die **öffentliche Ausschreibung** grundsätzlich Vorrang hat vor der beschränkten Ausschreibung oder der freihändigen Vergabe; sie sichert die Chancengleichheit der Anbieter. Ihre Bedeutung für den öffentlichen Auftraggeber lässt sich wie folgt zusammenfassen:

- Interessenausgleich der Marktpartner,
- Anwendung eines transparenten Ausschreibungs- und Vergabeverfahrens,
- Gleichbehandlung der Bieter,
- objektive Vergabeentscheidung durch Auswahl des annehmbarsten Angebots,
- angemessene Preise durch Wettbewerb.

Dieser allgemeine Grundsatz ist zu beachten, gleichgültig, ob Bauvorhaben, andere Leistungen vergeben oder Leasingverträge¹⁾ abgeschlossen werden, auch wenn für die jeweilige Maßnahme weder im Landesrecht (vgl. § 31 Abs. 2 KommHV-Kameralistik, § 30 Abs. 2 KommHV-Doppik) noch im Bundesrecht besondere Vergabevorschriften bestehen. Das sind z. B. **Leistungen** im Sinne der VOL und der VOF **soweit die Liefer- bzw. Dienstleistungsaufträge unterhalb der jeweiligen EU-Schwellenwerte** (siehe § 2 VgV, abgedruckt unter I 3 b) liegen. Unterhalb der EU-Schwellenwerte ist den Kommunen allerdings bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen die Anwendung der VOL/A nur empfohlen (siehe Nr. 3 des IMBek vom 14.10.2005, geändert durch IMBek vom 21.6.2010, abgedruckt unter Anhang 1).

2.2 Verbindliche Vergabegrundsätze nach § 31 Abs. 2 KommHV-Kameralistik, § 30 Abs. 2 KommHV-Doppik

Im Vollzug des § 31 Abs. 2 KommHV-Kameralistik, § 30 Abs. 2 KommHV-Doppik hat das Staatsministerium des Innern im Einvernehmen mit dem Staatsministerium der Finanzen verbindliche Vergabegrundsätze bekannt gemacht (siehe IMBek vom 14.10.2005 Nr. I B 3 – 1512.4 – 138, zuletzt geändert durch IMBek vom 12.12.2012, abgedruckt als Anhang 1 zu § 31 KommHV).

Die in den Erl. Nrn. 2.1 und 2.2 angesprochenen Verpflichtungen gelten **nicht** für kommunale Unternehmen des öffentlichen und privaten Rechts. Diese Unternehmen haben jedoch auch bei Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte

1) Zu Leasingverträgen und Betreibermodellen siehe Bek. vom 20.3.2001 (AllMBI S. 148) Leasing: Anlage 1 Nr. 4 sowie Anlage 2; Betreibermodell: Anlage 1 Nr. 5.

die aus den primärrechtlichen Vorgaben des EG-Vertrages abgeleiteten Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung zu beachten (siehe dazu Erl. 2.2.2). Ferner wird auf Art. 18 Abs. 5 des Mittelstandförderungsgesetzes verwiesen. Dort ist normiert, dass Kommunen auch in Unternehmen des privaten Rechts, auf die sie durch mehrheitliche Beteiligung oder in sonstiger Weise direkt oder indirekt bestimmenden Einfluss nehmen können, so ausüben sollen, dass bei der Vergabe von Aufträgen unterhalb der gemäß § 100 Abs. 1 GWB festgelegten Schwellenwerte die Grundsätze des fairen Wettbewerbs der Transparenz und der Gleichbehandlung beachtet und die Belange des Mittelstands berücksichtigt werden.

2.2.1 Anzuwendende Vergabegrundsätze

Nach der o. g. IMBek müssen von den Kommunen die nachfolgend genannten Vergabegrundsätze in der jeweils geltenden Fassung angewandt werden:

- Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) Teile: A, B und C (abgedruckt unter V A 2a, 2b und 2c nur die Übersicht),
- Umweltrichtlinien Öffentliches Auftragswesen (abgedruckt unter V A 4a),
- Mittelstandsrichtlinien Öffentliches Auftragswesen (abgedruckt unter V A 4b),
- Bevorzugten Richtlinien (abgedruckt unter V A 4c).

2.2.2 Geltung des europäischen Primärrechts

Die Kommunen müssen ferner, auch unterhalb der EU-Schwellenwerte bei der Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungen oder von Dienstleistungskonzessionen die aus primärrechtlichen Vorgaben des EG-Vertrages abgeleiteten Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung beachten. Das sind vor allem ein angemessener Grad von Öffentlichkeit, die Dokumentation sowie ein diskriminierungsfreies Vorgehen bei der Auftragsvergabe (siehe Nr. 3 der IMBek vom 14.10.2005, geändert durch IMBek vom 20.12.2011, abgedruckt als Anhang 1 zu § 31 KommHV-Kameralistik). Dadurch sollen rechtliche Risiken bei der Auftragsvergabe vermieden werden.

2.2.3 Wertgrenzen bei Beschränkter Ausschreibung und Freihändiger Vergabe

Nach § 31 KommHV-Kameralistik (§ 30 KommHV-Doppik)

- muss der Vergabe von Aufträgen eine öffentliche Ausschreibung vorangehen, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine beschränkte Ausschreibung oder eine freihändige Vergabe rechtfertigen.
- sind bei der Vergabe von Aufträgen und dem Abschluss von Verträgen die Vergabegrundsätze anzuwenden, die das Staatsministerium des Innern mit dem Staatsministerium der Finanzen bekannt gibt.

Die nach § 31 Abs. 2 KommHV-Kameralistik (§ 30 Abs. 2 KommHV-Doppik) ergangenen Vergabegrundsätze (vgl. IMBek vom 14.10.2005 – Anhang 1, III 31) schreiben den Kommunen u. a. die Anwendung der VOB (Teil A, B und C) vor.

2.2.3.1 Beschränkte Ausschreibung

– Vergabe von Bauleistungen

In der o. g. IMBek vom 14.10.2005 sind abweichend von § 3 Abs. 3 Nr. 1 VOB/A folgende Wertgrenzen (jeweils ohne Umsatzsteuer) festgelegt:

- * 500.000 € im Tief-, Verkehrswege- und Ingenieurbau
- * 125.000 € für Ausbauwerke (ohne Energie- und Gebäudetechnik) sowie für Landschaftsbau und Straßenausstattung
- * 250.000 € für alle übrigen Gewerke

– Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen

- Wenden die Kommunen bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen die VOL/A an, so ist eine beschränkte Ausschreibung bis zu einer Wertgrenze von 100.000 € (ohne Umsatzsteuer) zulässig, wenn durch förderrechtliche Bestimmungen nichts Abweichendes geregelt ist (IMBek vom 14.10.2005, siehe Anhang 1).
- Wenden die Kommunen die VOL/A nicht an, so gilt der in § 31 Abs. 1 KommHV-Kameralistik (§ 30 Abs. 1 KommHV-Doppik) normierte allgemeine Grundsatz „... sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine beschränkte Ausschreibung oder eine freihändige Vergabe rechtfertigen.“. Wertgrenzen sind für diesen Fall weder in der VOL/A noch in der IMBek vom 14.10.2005, siehe Anhang 1, festgelegt.

Je nach Sachlage scheint dann eine Beschränkte Ausschreibung in Anlehnung an § 3 Abs. 3 Nr. 1a VOB/A bis zu einer Wertgrenze (ohne Umsatzsteuer) von 50.000 € vertretbar.

Die Möglichkeit einer Beschränkten Ausschreibung oberhalb dieser Wertgrenze bei entsprechender Begründung im Einzelfall nach § 3 Abs. 3 und 4 VOB/A bzw. § 3 Abs. 3 und 4 VOL/A bleibt unberührt (Nr. 1.2.1 IMBek vom 14.10.2005).

2.2.3.2 Freihändige Vergabe

– Vergabe von Bauleistungen

Abweichend von § 3 Abs. 5 Satz 2 VOB/A ist eine Freihändige Vergabe von Bauleistungen bis zu einer Wertgrenze von 30.000 € (ohne Umsatzsteuer) ohne weitere Einzelbegründung zulässig (Nr. 1.2.2 IMBek vom 14.10.2005).

– Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen

- Wenden die Kommunen bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen die VOL/A an, so ist ebenfalls bis zu einer Wertgrenze von 30.000 € (ohne Umsatzsteuer) eine Freihändige Vergabe zulässig. Weitere Ausführungen siehe Nr. 1.2.2 der IMBek vom 14.10.2005, abgedruckt als Anhang 1 III 31.
- Wenden die Kommunen die **VOL/A nicht** an, so findet sich weder in § 31 Abs. 1 KommHV-Kameralistik (§ 30 Abs. 1 KommHV-Doppik) noch in der IMBek vom 14.10.2005 eine Wertgrenze, bis zu der Liefer- und Dienstleistungsaufträge freihändig vergeben werden dürfen. In analoger Anwendung von § 3 Abs. 5 VOB/A scheint dann eine Freihändige Vergabe bis zu einer Höhe von 10.000 € (ohne Umsatzsteuer) sachgerecht.

Die Möglichkeit einer Freihändigen Vergabe oberhalb dieser Wertgrenze bei entsprechender Begründung im Einzelfall nach § 3 Abs. 5 VOB/A bzw. § 3 Abs. 5 VOL/A bleibt unberührt (Nr. 1.2.2 IMBek vom 14.10.2005).

2.2.4 Kreis der Anwender der Vergabegrundsätze

Die Vergabegrundsätze müssen anwenden:

- die Gemeinden (Art. 123 Abs. 1 Nr. 3 GO i. V. m. § 31 Abs. 2 KommHV-Kameralistik, § 30 KommHV-Doppik),
- die Landkreise (Art. 109 Abs. 1 Nr. 3 LKrO i. V. m. § 31 Abs. 2 KommHV-Kameralistik, § 30 KommHV-Doppik),
- die Bezirke (Art. 103 Abs. 1 Nr. 3 BezO i. V. m. § 31 Abs. 2 KommHV-Kameralistik, § 30 KommHV-Doppik),
- die Zweckverbände (Art. 26 Abs. 1 KommZG, Art. 123 Abs. 1 Nr. 3 GO i. V. m. § 31 Abs. 2 KommHV-Kameralistik, § 30 KommHV-Doppik),
- die Verwaltungsgemeinschaften (Art. 10 VGemO, Art. 26 Abs. 1 KommZG, Art. 123 Abs. 1 Nr. 3 GO i. V. m. § 31 Abs. 2 KommHV-Kameralistik, § 30 KommHV-Doppik),
- die kommunalen Eigenbetriebe (§ 2 EBV i. V. m. § 31 Abs. 2 KommHV-Kameralistik, § 30 KommHV-Doppik),

Die landesrechtlichen Vergabevorschriften müssen **nicht anwenden**:

- die Kommunalunternehmen (siehe Art. 89 ff. GO),
- Unternehmen in Privatrechtsform (siehe Art. 92 ff. GO),
- die Sparkassen,

da für diese Unternehmen § 31 Abs. 2 KommHV-Kameralistik und § 30 Abs. 2 KommHV-Doppik und die im Vollzug dieser Vorschriften erlassene IMBek nicht gelten und auch in anderen Vorschriften die Anwendung nicht vorgeschrieben ist. Kommunalunternehmen wurden seinerzeit vom Gesetzgeber

Westner

bewusst von der Verpflichtung, die kommunalen Vergabegrundsätze anzuwenden, ausgenommen, u. a. um Chancengleichheit mit den Unternehmen in Privatrechtsform herzustellen.

In Art. 18 Abs. 5 des Mittelstandsförderungsgesetzes ist allerdings normiert, dass Kommunen auch in Unternehmen des privaten Rechts, auf die sie durch mehrheitliche Beteiligung oder in sonstiger Weise direkt oder indirekt bestimmenden Einfluss nehmen können, diesen so ausüben, dass bei der Vergabe von Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte die Grundsätze des fairen Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung beachtet und die Belange des Mittelstandes berücksichtigt werden. Es ist Aufgabe der Rechtsaufsichtsbehörden darauf zu achten und darauf hinzuwirken, dass diese Kriterien im Gesellschaftsvertrag und in der Gesellschaftssatzung verankert werden.

2.3 Wertungspauschale

Mit der Neubekanntmachung der Vergabegrundsätze vom 14.10.2005 wurde das Instrument der Wertungspauschale neu eingeführt (siehe Nr. 1.2.4 des IMBek vom 14.10.2005, abgedruckt als Anhang 1 und IMS vom 15.3.2006, abgedruckt als Anhang 2). Die Wertungspauschale soll es den Kommunen ermöglichen, bei der Wertung der Angebote vergaberelevante Kriterien pauschal zu berücksichtigen. Voraussetzung ist, dass diese mit der zu vergebenden Leistung in sachlichem Zusammenhang stehen und den wirtschaftlichen Wert der Leistung speziell für den Auftraggeber beeinflussen. Kriterien, die zur Wertung herangezogen werden können, sind in Nr. 1.2.4 der IMBek vom 14.10.2005 beispielhaft aufgezählt. **Ausdrücklich ausgenommen sind ökologische und soziale Kriterien.** Je nach zu vergebenden Leistungen darf die Pauschale für alle als anwendbar erklärten Kriterien bestimmte Prozentsätze des Angebots des preislich günstigsten der jeweils wertbaren Angebote (Bruttobetrag) nicht übersteigen (siehe Nr. 1.2.4 der IMBek vom 14.10.2005, abgedruckt als Anhang 1).

Das Instrument der Wertungspauschale kann nur angewandt werden, wenn die einzelnen Kriterien und die konkrete Höhe des Prozentsatzes den Bietern in den Verdingungsunterlagen bekannt gegeben worden ist. Einen Formulierungsvorschlag enthält das IMS vom 15.3.2006 in Nr. 1.1, abgedruckt in Anhang 2. Dieses IMS gibt u. a. zusätzliche Hinweise

- zur Anwendung der Wertungspauschale,
- zu zusätzlichen Wertungskriterien,
- und ein Rechenbeispiel zur Berücksichtigung der Wertungspauschale bei der Ausschreibung eines Ausbaugewerks.

Zu beachten ist, dass ortsansässige Bieter über die Wertungspauschale **nicht** bevorzugt werden dürfen.

Die Wertungspauschale darf nur bei **Aufträgen unterhalb der EU-Schwellenwerte** (siehe § 2 VgV, abgedruckt unter I 3 b) vorgesehen werden. Wird der je-

weilige Schwellenwert erreicht oder überschritten, gilt das Bundesrecht. Die bundesrechtlichen Vorschriften sehen keine Wertungspauschale vor.

3. Bundesrechtliche Vorschriften¹⁾

3.1 Allgemeines

Erreichen oder überschreiten die geschätzten Auftragswerte (ohne Umsatzsteuer – § 1 VgV –) die EU-Schwellenwerte, so sind die öffentlichen Auftraggeber verpflichtet, die bundesrechtlichen Vergabevorschriften einzuhalten.

Die Vergabe von Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber ist u. a. geregelt im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB §§ 97 ff. (abgedruckt unter I 3 a) und in der Vergabeordnung (abgedruckt unter I 3 b).

Durch das Bundesrecht werden die einschlägigen EU-Vergaberichtlinien umgesetzt. Die letzten Änderungen des EU-Rechts erfolgten durch die EU-Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (Richtlinie 2004/18EG vom 18.3.2004), die EU-Richtlinie zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Richtlinie 2004/17EG vom 30.4.2004 und das ÖPP-Beschleunigungsgesetz.

Die öffentlichen Auftraggeber im Sinne der bundesrechtlichen Vorschriften sind in § 98 GWB aufgezählt. Das sind u. a.:

- Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen, § 98 Nr. 1 GWB;
- andere juristische Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts, die zu einem besonderen Zweck gegründet wurden und von der öffentlichen Hand beherrscht werden, § 98 Nr. 2 GWB;
- Verbände, deren Mitglieder unter Nr. 1 oder Nr. 2 fallen, § 98 Nr. 3 GWB;
- bestimmte Unternehmen auf dem Gebiet der Trinkwasser- und Energieversorgung sowie des Verkehrs (sog. „Sektorenbereich“), § 98 Nr. 4 GWB;
- Bauherren bestimmter, zu mehr als 50 % subventionierter Vorhaben, § 98 Nr. 5 GWB;
- Baukonzessionäre, § 98 Nr. 6 GWB.

3.2 Begriffsdefinitionen¹⁾

3.2.1 Öffentliche Aufträge, Lieferaufträge, Bauaufträge, Dienstleistungsaufträge, Auslobungsverfahren

- **Öffentliche Aufträge** sind entgeltliche Verträge von öffentlichen Auftraggebern mit Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die Lie-

1) Zur Vergabe öffentlicher Aufträge nach dem GWB siehe auch den Leitfaden des Bayer. Staatsministeriums für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie, abgedruckt als Anhang 13 zu § 31 KommHV-Kameralistik.

fer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, Baukonzessionen und Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen (§ 99 Abs. 1 GWB).

- **Lieferaufträge sind** Verträge zur Beschaffung von Waren, die insbesondere Kauf oder Ratenkauf oder Leasing, Miet- oder Pachtverhältnisse mit oder ohne Kaufoption betreffen. Die Verträge können auch Nebenleistungen umfassen (§ 99 Abs. 2 GWB).
- **Bauaufträge sind** Verträge entweder über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerks, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll, oder einer dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommenden Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen (§ 99 Abs. 3 GWB).
- Als **Dienstleistungsaufträge gelten** Verträge über die Einbringung von Leistungen, die **nicht** unter Abs. 2 oder Abs. 3 § 99 GWB fallen (§ 99 Abs. 4 GWB).
- **Auslobungsverfahren** im Sinne des GWB sind nur solche Auslobungsverfahren, die dem Auftraggeber auf Grund vergleichender Beurteilung durch ein Preisgericht mit oder ohne Verteilung von Preisen zu einem Plan verhelfen sollen (§ 99 Abs. 5 GWB).
- Eine **Baukonzession** ist ein Vertrag über die Durchführung eines Bauauftrags, bei dem die Gegenleistung für die Bauarbeiten statt in einem Entgelt in dem befristeten Recht auf Nutzung der baulichen Anlage, gegebenenfalls zuzüglich der Zahlung eines Preises, besteht (§ 99 Abs. 6 GWB).
- Ein öffentlicher Auftrag, der sowohl den Einkauf von Waren als auch die Beschaffung von Dienstleistungen zum Gegenstand hat, gilt als **Dienstleistungsauftrag**, wenn der Wert der Dienstleistungen den Wert der Waren übersteigt. Ein öffentlicher Auftrag, der neben Dienstleistungen Bauleistungen umfasst, die im Verhältnis zum Hauptgegenstand Nebenarbeiten sind, gilt als **Dienstleistungsauftrag** (§ 99 Abs. 7 GWB).

3.2.2 Verdingungsordnungen

Bei der Vergabe der o. g. Liefer- Bau- und Dienstleistungsaufträge sind nach Maßgabe der bundesrechtlichen Vorschriften unterschiedliche Verdingungsordnungen zu beachten.

- bei der Vergabe von **Lieferaufträgen** und **gewerblichen Dienstleistungsaufträgen** die **Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A)**, abgedruckt unter V A 3 a. Nach § 9 Abs. 1 sind die Allgemeinen Vertragsbedingungen (VOL/B) grundsätzlich zum Vertragsgegenstand zu machen. Das ist in den Verdingungsunterlagen vorzuschreiben.

- bei der Vergabe von Bauleistungen **die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A)**, abgedruckt unter V A 2 a. In den Vergabeunterlagen ist vorzuschreiben, dass die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (VOB/B) und die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (VOB/C) Bestandteile des Vertrags werden. Das gilt auch für etwaige Zusätzliche Vertragsbedingungen und etwaige Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen, soweit sie Bestandteile des Vertrags werden sollen (§ 8 Abs. 3 VOB/A).
- **Die Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF)**, abgedruckt unter V A 3 c) findet Anwendung auf die Vergabe von Leistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht **oder** im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden – Dienstleistungen – (§ 1 VOF). Das bedeutet, dass bei freiberuflichen **Leistungen, die gleichzeitig im Wettbewerb auch von einem Gewerbebetrieb** angeboten werden, auch auf den Gewerbebetrieb nicht die VOL, sondern die VOF anzuwenden ist. Liegt allerdings zwischen freiberuflich Tätigen und Gewerbebetrieben ein Wettbewerbsverhältnis **nicht** vor, d. h. eine der Natur nach freiberufliche Leistung wird ausschließlich durch Gewerbebetriebe erbracht, ist die VOL anzuwenden.

Eindeutig und erschöpfend beschreibbare freiberufliche Leistungen sind jedoch nach der VOL zu vergeben (§ 1 Abs. 1 VOF).

Die Abgrenzung, welche Dienstleistungen vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden können, ist in der Praxis oft schwierig.

Grundsätzlich gilt:

Werden die Leistungsphasen 1 bis 9 der HOAI gemeinsam vergeben oder gesplittet 1 bis 4 und 5 bis 9, so ist die VOF anzuwenden. Bei gesonderter Vergabe der Leistungsphasen 8 „Objektüberwachung“ (Bauüberwachung) und 9 „Objektbetreuung und Dokumentation“ ist für diese Leistungsphasen die VOL/A zu beachten, da diese Leistungen eindeutig und erschöpfend beschrieben werden können (§ 1 Abs. 1 VOF).

Die VOF gilt nur für Auftragsvergaben ab bzw. über dem betreffenden Schwellenwert (§ 1 Abs. 2 VOF).

3.2.3 Geltungsbereiche der Verdingungsordnungen

- Sowohl die VOL/A als auch die VOB/A ist in zwei Abschnitte unterteilt.
 - **Abschnitt 1** der VOB/A bzw. VOL/A gilt nur für Aufträge, die den Schwellenwert nicht erreichen oder überschreiten. Angemerkt wird,

(Fortsetzung Seite 13)

dass über die IMBek zu § 31 Abs. 2 KommHV-Kameralistik und § 30 Abs. 2 KommHV-Doppik nur die VOB/A Abschnitt 1, **aber nicht** die VOL/A Abschnitt 1 den Kommunen zur Anwendung vorgeschrieben ist.

● **VOB/A bzw. VOL/A Abschn. 2, Sektorenverordnung**

- **Abschnitt 2** der VOB/A und der VOL/A regelt das **bundesrechtliche Vergabeverfahren** für öffentliche Auftraggeber im sog. klassischen Bereich. Der jeweilige Abschnitt 2 gilt für Auftragsvergaben **ab und oberhalb der jeweiligen Schwellenwerte** (siehe § 2 VgV).

Für die Vergabe von Bauaufträgen und Lieferaufträgen im Sektorenbereich (auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs) gilt die Sektorenverordnung (SektVO). Diese ersetzt die bisherigen Abschnitte 3 und 4 der VOB/A und der VOL/A. Die jeweiligen Schwellenwerte sind in § 2 SektVO normiert. Im Einzelnen ist Folgendes zu beachten:

- **Bauaufträge**

Bei der Vergabe von **Bauaufträgen** (siehe § 99 Abs. 3 GWB) im **klassischen Bereich** gelten VOB/A Abschnitt 2 sowie § 6 Abs. 1 VgV.

- **Öffentliche Auftraggeber im klassischen Bereich** sind bei der Vergabe von Bauaufträgen (siehe dazu § 98 GWB):

1. Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen,
2. andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, wenn Stellen, die unter Nummer 1 oder 3 fallen, sie einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise überwiegend finanzieren oder über ihre Leitung die Aufsicht ausüben oder mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe bestimmt haben. Das Gleiche gilt dann, wenn die Stelle, die einzeln oder gemeinsam mit anderen die überwiegende Finanzierung gewährt oder die Mehrheit der Mitglieder eines zur Geschäftsführung oder Aufsicht berufenen Organs bestimmt hat, unter Satz 1 fällt,
3. Verbände, deren Mitglieder unter Nummer 1 oder 2 fallen,
4. natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts sowie juristische Personen des öffentlichen Rechts, soweit sie nicht unter Nummer 2 fallen, in den Fällen, in denen sie für Tiefbaumaßnahmen, für die Errichtung von Krankenhäusern, Sport-, Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen, Schul-, Hochschul- oder Verwaltungsgebäuden oder für damit in Verbindung stehende Dienstleistungen und Auslobungsverfahren von Stellen, die unter Nummer 1 bis 3 fallen, Mittel erhalten, mit denen diese Vorhaben zu mehr als 50 vom Hundert finanziert werden,
5. natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts, die mit Stellen, die unter die Nummern 1 bis 3 fallen, einen Vertrag über eine Baukonzession abgeschlossen haben, hinsichtlich der Aufträge an Dritte.

Beim Abschluss einer Baukonzession ist auch § 22a VOB/A zu beachten.

Bei der Vergabe von **Bauaufträgen** im **Sektorenbereich** ist die Sektorenverordnung anzuwenden.

Auftraggeber im Sektorenbereich sind:

1. Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen,
 2. andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, wenn Stellen, die unter Nummer 1 oder 3 fallen, sie einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise überwiegend finanzieren oder über ihre Leitung die Aufsicht ausüben oder mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe bestimmt haben. Das Gleiche gilt dann, wenn die Stelle, die einzeln oder gemeinsam mit anderen die überwiegende Finanzierung gewährt oder die Mehrheit der Mitglieder eines zur Geschäftsführung oder Aufsicht berufenen Organs bestimmt hat, unter Satz 1 fällt,
 3. Verbände, deren Mitglieder unter Nummer 1 oder 2 fallen,
 4. natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts, die auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs tätig sind, wenn diese Tätigkeiten auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten ausgeübt werden, die von einer zuständigen Behörde gewährt wurden, oder wenn Auftraggeber, die unter Nummer 1 bis 3 fallen, auf diese Personen einzeln oder gemeinsam einen beherrschenden Einfluss ausüben können; besondere oder ausschließliche Rechte sind Rechte, die dazu führen, dass die Ausübung dieser Tätigkeiten einem oder mehreren Unternehmen vorbehalten wird und dass die Möglichkeit anderer Unternehmen, diese Tätigkeit auszuüben, erheblich beeinträchtigt wird. Tätigkeiten auf dem Gebiet der Trinkwasser- und Energieversorgung sowie des Verkehrs sind solche, die in der Anlage aufgeführt sind (§ 98 GWB).
- **Lieferaufträge**
- Bei der Vergabe von **Lieferaufträgen** (siehe § 99 Abs. 2 GWB) im **klassischen Bereich** gelten VOL/A Abschnitt 2 sowie § 4 Abs. 1 VgV.
- **Öffentliche Auftraggeber im klassischen Bereich** sind bei der Vergabe von Lieferaufträgen (siehe dazu § 98 GWB):
1. Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen,
 2. andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, wenn Stellen, die unter Nummer 1 oder 3 fallen, sie einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise überwiegend finanzieren

oder über ihre Leitung die Aufsicht ausüben oder mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe bestimmt haben. Das Gleiche gilt dann, wenn die Stelle, die einzeln oder gemeinsam mit anderen die überwiegende Finanzierung gewährt oder die Mehrheit der Mitglieder eines zur Geschäftsführung oder Aufsicht berufenen Organs bestimmt hat, unter Satz 1 fällt,

3. Verbände, deren Mitglieder unter Nummer 1 oder 2 fallen (§ 98 GWB).

Bei der Vergabe von **Lieferaufträgen im Sektorenbereich** gelten sinngemäß die vorstehenden Ausführungen zur Vergabe von Bauaufträgen im Sektorenbereich.

– **Gewerbliche Dienstleistungsaufträge**

Bei der Vergabe von **gewerblichen Dienstleistungsaufträgen** sind im klassischen Bereich von den Auftraggebern nach § 98 Nrn. 1–3 GWB die VOL/A Abschnitt 2 sowie § 4 Abs. 1 VgV und von den Auftraggebern nach § 98 Nr. 5 GWB die VOL/A Abschnitt 2 sowie § 4 Abs. 2 i. V. mit § 4 Abs. 1 VgV anzuwenden.

Als Dienstleistungsaufträge gelten Verträge über Leistungen, die weder Bauleistungen noch Lieferleistungen sind (§ 99 Abs. 4 GWB).

Auftraggeber nach § 98 Nrn. 1–3 GWB sind:

1. Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen,
2. andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, wenn Stellen, die unter Nummer 1 oder 3 fallen, sie einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise überwiegend finanzieren oder über ihre Leitung die Aufsicht ausüben oder mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe bestimmt haben. Das Gleiche gilt dann, wenn die Stelle, die einzeln oder gemeinsam mit anderen die überwiegende Finanzierung gewährt oder die Mehrheit der Mitglieder eines zur Geschäftsführung oder Aufsicht berufenen Organs bestimmt hat, unter Satz 1 fällt,
3. Verbände, deren Mitglieder unter Nummer 1 oder 2 fallen.

Auftraggeber nach § 98 Nr. 5 GWB sind:

Natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts sowie juristische Personen des öffentlichen Rechts, soweit sie nicht unter Nummer 2 fallen, in den Fällen, in denen sie für Tiefbaumaßnahmen, für die Errichtung von Krankenhäusern, Sport-, Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen, Schul-, Hochschul- oder Verwaltungsgebäuden oder für damit in Verbindung stehende Dienstleistungen und Auslobungsverfahren von Stellen, die unter Nummer 1 bis 3 fallen, Mittel erhalten, mit denen diese Vorhaben zu mehr als 50 vom Hundert finanziert werden.

Bei der Vergabe von **gewerblichen Dienstleistungsaufträgen im Sektorenbereich** gelten sinngemäß die vorstehenden Ausführungen zur Vergabe von Bauleistungen im Sektorenbereich. Anzuwenden sind die Bestimmungen der Sektorenverordnung.

– **Freiberufliche Dienstleistungen**

Bei der Vergabe freiberuflicher Dienstleistungen, die vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbar sind, ist im klassischen Bereich die VOL/A Abschnitt 2 anzuwenden (§ 1 Abs. 1 VOF und im Sektorenbereich die Sektorenverordnung i. V. mit § 1 Abs. 2 VOL/A).

● **Vergabeverordnung für freiberufliche Leistungen**

Die VOF ist nur anzuwenden von Auftraggebern im klassischen Bereich – § 98 Nrn. 1–3 und Nr. 5 GWB – (§ 5 VgV).

Die Regeln der VOF gelten für die Vergabe von Aufträgen über Dienstleistungen des Anhangs I Teil A, die im Rahmen einer „**freiberuflichen Tätigkeit**“ erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden und deren Gegenstand eine Aufgabe ist, deren Lösung nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann, sowie bei Wettbewerben nach Kapitel 2 der VOF (§ 1 Abs. 1 VOF).

Die Bestimmungen der VOF sind anzuwenden, sofern der geschätzte Auftragswert die Schwellenwerte für Dienstleistungen oder Wettbewerbe ohne Umsatzsteuer nach § 2 der Vergabeverordnung erreicht oder überschreitet.

Für die Vergabe der in Anhang I Teil B genannten Dienstleistungen gelten nur § 6 Absatz 2 bis 7 und § 14. Aufträge, deren Gegenstand Dienstleistungen sowohl des Anhangs I Teil A als auch des Anhangs I Teil B sind, werden nach den Regelungen für diejenigen Dienstleistungen vergeben, deren Wert anteilmäßig überwiegt (§ 1 Abs. 3 VOF).

Im Vergaberecht ist der Begriff „freiberufliche Tätigkeit“ nicht erläutert. Die amtliche Fußnote zu § 1 Nr. 2 VOL/A verweist auf § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG.¹⁾²⁾ Es ist daher gängige Praxis, bei der Beurteilung, welche

1) Vgl. § 18 Absatz 1 Nummer 1 EStG:

(1) Einkünfte aus selbstständiger Arbeit sind:

1. Einkünfte aus freiberuflicher Tätigkeit. Zu der freiberuflichen Tätigkeit gehören die selbstständig ausgeübte wissenschaftliche, künstlerische, schriftstellerische, unterrichtende oder erzieherische Tätigkeit, die selbstständige Berufstätigkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Rechtsanwälte, Notare, Patentanwälte, Vermessungsingenieure, Ingenieure, Architekten, Handelschemiker, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, beratenden Volks- und Betriebswirte, vereidigten Buchprüfer (vereidigten Bücherrevisoren), Steuerbevollmächtigten, Heilpraktiker, Dentisten, Krankengymnasten, Journalisten, Bildberichterstatler, Dolmetscher, Übersetzer, Lotsen und ähnlicher Berufe. Ein Angehöriger eines freien Berufs im Sinne der Sätze 1 und 2 ist auch dann freiberuflich tätig, wenn er sich der Mithilfe fachlich vorgebildeter Arbeitskräfte bedient; Voraussetzung ist, dass er auf Grund eigener Fachkenntnisse leihend und eigenverantwortlich tätig wird. Eine Vertretung im Fall vorübergehender Verhinderung steht der Annahme einer leitenden und eigenverantwortlichen Tätigkeit nicht entgegen; ...

2) In § 1 Abs. 1 VOF wird dieser Begriff ebenfalls verwandt. Die Aufzählung ist allerdings nicht abschließend.

Tätigkeit zu den „freiberuflichen“ zählen, auf diese Norm zurückzugreifen.

Wird eine freiberufliche Leistung gleichzeitig im Wettbewerb von einem Gewerbebetrieb angeboten, findet auch die VOF und nicht die VOL auf die entsprechende Leistung des Gewerbebetriebes Anwendung. Liegt zwischen freiberuflich Tätigen und Gewerbebetrieben ein Wettbewerbsverhältnis nicht vor, d. h., wird eine der Natur nach freiberufliche Leistung ausschließlich durch Gewerbebetriebe erbracht, ist die VOL hingegen uneingeschränkt anwendbar.

Die Frage ob ein Wettbewerbsverhältnis zwischen freiberuflich Tätigen und Gewerbebetrieben besteht, ist vom jeweiligen Auftraggeber im Einzelfall und im Voraus aufgrund der vorhandenen Marktübersicht zu beurteilen. Es kommt nicht auf die potenzielle Fähigkeit der freiberuflich Tätigen an, derartige Leistungen zu erbringen, sondern auf die Erfahrung des Auftraggebers, dass diese Leistungen in der Vergangenheit auch tatsächlich von freiberuflich Tätigen erbracht worden sind. Wird die Leistung nur von Gewerbebetrieben erbracht und ist daher mit einem Parallelangebot der freiberuflich Tätigen nicht zu rechnen, ist die Leistung nach dem Verfahren der VOL zu vergeben.

Stellt sich im Laufe des VOL-Verfahrens wider Erwarten heraus, dass auch freiberuflich Tätige die Leistung erbringen und sich u. U. sogar um den Auftrag bewerben, so ist entscheidend, dass diese Leistung in der Vergangenheit nicht von freiberuflich Tätigen, sondern nur von Gewerbebetrieben erbracht wurde (amtliche Begründung zum VOL/A).

Bei der Vergabe eines freiberuflichen Dienstleistungsauftrages im **Sektorenbereich** gelten **immer**, auch wenn die Leistung vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbar ist, die Bestimmungen der Sektorenverordnung.

3.2.4 Unterschiedliche Vergabeverfahrensarten¹⁾

- **Offene Verfahren** sind förmliche Verfahren, in denen eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen **öffentlich** zur Abgabe von Angeboten aufgefordert wird (§ 101 Abs. 2 GWB).
- **Nichtoffene Verfahren** sind förmliche Verfahren, bei denen Unternehmen **öffentlich** gebeten werden sich zu bewerben und so dann aus dem Bewerberkreis eine beschränkte Anzahl von Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert wird (§ 101 Abs. 3 GWB).

1) Zu den unterschiedlichen Arten der Vergabe siehe auch Nr. III des Leitfadens des Bayer. Staatsministeriums für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie zur Vergabe öffentlicher Aufträge nach dem GWB, abgedruckt als Anhang 13 zu § 31 KommHV-Kameralistik.

- Ein **wettbewerblicher Dialog** ist ein Verfahren zur Vergabe besonders komplexer Aufträge durch Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 bis 3, soweit sie nicht auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs tätig sind, und § 98 Nr. 5. In diesem Verfahren erfolgen eine Aufforderung zur Teilnahme und anschließend Verhandlungen mit ausgewählten Unternehmen über alle Einzelheiten des Auftrags.
- **Verhandlungsverfahren** sind förmliche Verfahren, bei denen sich der Auftraggeber mit oder ohne vorherige öffentliche Aufforderung zur Teilnahme an ausgewählte Unternehmen wendet, um mit einem oder mehreren über die Auftragsbedingungen zu verhandeln (§ 101 Abs. 4 GWB).

Zu beachten ist, dass der Auftraggeber zwischen den Verfahrensarten grundsätzlich **nicht frei wählen** kann. Vielmehr ist vorrangig das offene Verfahren anzuwenden, es sei denn auf Grund des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist etwas anderes gestattet. Auftraggebern im Sektorenbereich (Vergaben auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs) steht nach ihrer Wahl das offene Verfahren, das nichtoffene Verfahren und das Verhandlungsverfahren zur Verfügung (§ 101 Abs. 7 GWB). Voraussetzung ist eine vorherige Bekanntmachung im EU-Amtsblatt (§ 6 Abs. 1 SektVO).

3.3 Schwellenwerte

Wie unter 3.1 erläutert, sind die bundesrechtlichen Vergabevorschriften anzuwenden, wenn bestimmte Schwellenwerte erreicht oder überschritten werden. Die Schwellenwerte sind die geschätzten Auftragswerte – ohne Umsatzsteuer – (§ 1 VgV). Bei der Schätzung des jeweiligen Auftragswertes ist von der geschätzten Gesamtvergütung für die vorgesehene Leistung einschließlich etwaiger Prämien oder Zahlungen an Bewerber oder Bieter auszugehen (§ 3 Abs. 1 VgV), nicht dazu zählen einmalige Abgaben und Gebühren sowie Honorare der freiberuflich Tätigen. Bei einem Bauauftrag sind außerdem die Kosten der beweglichen Ausstattungs- und Einrichtungsgegenstände sowie die Baunebenkosten abzuziehen. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Schätzung des Auftragswertes ist der Tag der beabsichtigten Auftragsvergabe oder die sonstige Einleitung des Vergabeverfahrens. Die Schwellenwerte für Bauaufträge sowie für Liefer- und Dienstleistungsaufträge sind in einer Bekanntmachung zu § 2 VgV des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie normiert (abgedruckt unter I 3 b). Der Schwellenwert für den Sektorenbereich ist festgelegt durch eine Verordnung der EU-Kommission (siehe dazu § 1 Abs. 2 SektVO); er betrug vom 1.1.2010 bis zum 31.12.2011 387.000 €, vom 1.1.2012 bis zum 31.12.2013 betrug er 400.000 €, seit 1.1.2014 beträgt er 414.000 €.

4. Präqualifikation von Bauunternehmen

Zum Nachweis der Eignung der Bewerber hat die Vergabestelle deren Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit zu prüfen. Der Nachweis der Eignung kann mit der vom Auftraggeber direkt abrufbaren Eintragung in die

Westner

allgemein zugängliche Liste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen e. V. (Präqualifikationsverzeichnis) erfolgen (§ 6 Abs. 3 VOB/A). Zu den Präqualifikationsnachweisen können aber auch zusätzliche, auf den konkreten Auftrag bezogene Nachweise angefordert werden.

Für die Nutzung des Präqualifikationsverzeichnisses hat die Oberste Baubehörde im Bayer. Staatsministerium des Innern in seinem Schreiben vom 17.10.2006 Nr. II Z 5 – 40011 – 007/06 Hinweise gegeben. Das Schreiben ist abgedruckt unter III 31 Anhang 5.1. Die Leitlinie des Bundesministeriums für Verkehr-, Bau- und Stadtentwicklung, auf die im IMS vom 17.10.2006 (Anhang 5.1) Bezug genommen wird, kann abgerufen werden unter der Internetadresse www.pq-verein.de. Hingewiesen wird auch auf Formblatt 444 „Referenzbescheinigung“ im VHB Bayern. Es kann abgerufen werden im Internet unter www.vergabehandbuch.bayern.de/

5. Besondere Hinweise

5.1 Tariftreueerklärung

Aufgrund des Urteils des EuGH vom 3.4.2008 (C-346/06) kann bei einer Ausschreibung keine Tariftreueerklärung mehr verlangt werden. Lohnvorgaben im Zusammenhang mit der Vergabe von öffentlichen Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsaufträgen sind demnach nur noch im Rahmen des § 3 i. V. m. § 5 Nr. 1 und § 8 des Arbeitnehmerentendgesetzes (AEntG) und des § 1 i. V. m. § 8 des Mindestarbeitsbedingungengesetzes (MiArbG) möglich. Siehe dazu das Schreiben des Bayer. Staatsministeriums des Innern vom 19.4.2010 Az.: I B 3-1512.4-183, abgedruckt als Anhang 10 unter III 31.

5.2 Scientology-Organisation

Verwendung von Schutzzerklärungen

In der Bek der Bayer. Staatsregierung vom 29.10.1996 (AllMBl S. 701), zuletzt geändert durch Bek vom 6.11.2001 (AllMBl S. 620) wird bestimmt, dass die staatlichen Vergabestellen bei der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge eine Schutzzerklärung (siehe Anlage zur Bek vom 29.10.1996) verlangen müssen, die bei Annahme des Angebots Vertragsbestandteil wird. Den kommunalen Auftraggebern wird nach Nr. 4 der Bek empfohlen, entsprechend zu verfahren.

5.3 Kinderarbeit

Vermeidung des Erwerbs von Produkten aus ausbeuterischer Kinderarbeit

Mit Bekanntmachung vom 29.04.2008 Az.: B II 2-515-252 weist die Bayer. Staatsregierung darauf hin, dass die Würde des Menschen unantastbar ist (Art. 10 BV und Art. 1 Abs. 1 GG). Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlicher Gewalt. Hierzu gehört das Bekenntnis des Deutschen

Volkes zu unverletzlichen und unveränderlichen Menschenrechten (Art. 1 Abs. 2 GG). Zum Kernbestandteil dieser Menschenrechte zählt das Verbot der Sklaverei und der Zwangsarbeit und deshalb auch der Kinderarbeit; siehe auch Art. 4 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 04.11.1950 und Art. 6 Abs. 2 EU-Vertrag.

Allen staatlichen Vergabestellen ist daher aufgegeben, bei der Vergabe öffentlicher Aufträge des Freistaates Bayern in begründeten Fällen eine Eigenerklärung zu verlangen, die bei Annahme des Angebots Vertragsbestandteil wird. Auf Nr. 4 der o.g. Bekanntmachung der Bayer. Staatsregierung wird hingewiesen.

Den kommunalen Auftraggebern und den sonstigen der Aufsicht des Freistaates Bayern unterliegenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts wird empfohlen, die Grundsätze der o.g. Bekanntmachung anzuwenden (Nr. 8 der o.g. Bek.), abgedruckt als Anhang 12.

6. Zuständigkeit bei den Kommunen

Wer bei den Gemeinden für die Vergabe von Aufträgen zuständig ist, ist in der Gemeindeordnung und in der Geschäftsordnung des Gemeinderats geregelt.

Nach Art. 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GO erledigt der Bürgermeister die laufenden Angelegenheiten, die für die Gemeinde keine grundsätzliche Bedeutung haben und keine erhebliche Verpflichtung erwarten lassen. Für diese laufenden Angelegenheiten kann der Gemeinderat Richtlinien aufstellen (Art. 37 Abs. 1 Satz 2). Grundsätzlich geschieht das in der Geschäftsordnung des Gemeinderats. Dort sind u. a. für den Abschluss von Verträgen, die Lieferungen und Leistungen an die Gemeinde zum Gegenstand haben Wertgrenzen festgelegt (siehe Mustergeschäftsordnung des Bayer. Gemeindetags).

In der Geschäftsordnung ist ferner geregelt, bis zu welchen Wertgrenzen der 1. Bürgermeister, ein beschließender Ausschuss (z. B. Bauausschuss) zuständig ist und ab welcher Wertgrenze sich der Gemeinderat die Entscheidung vorbehält. Die einzelnen Höhen der Wertgrenzen (Bürgermeister, beschließender Ausschuss, Gemeinderat) richten sich nach der Größe der jeweiligen Gemeinde.

Für die Erteilung des Zuschlags (§ 18 VOB/A) ist der 1. Bürgermeister zuständig. Das ergibt sich entweder aus Art. 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GO (eigene Zuständigkeit des Bürgermeisters oder aus Art. 36 GO, Vollzug der Beschlüsse des Gemeinderats und seiner Ausschüsse.

7. Behandlung in öffentlicher oder in nichtöffentlicher Sitzung

Zu der Frage, ob Vergabeentscheidungen in öffentlicher oder in nichtöffentlicher Sitzung zu behandeln sind hat das Bayer. Staatsministerium des Innern

in seinem Schreiben vom 6.12.1994 Stellung genommen. Dieses Schreiben wird nachfolgend abgedruckt.

Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums des Innern¹⁾²⁾³⁾

vom 6.12.1994 – IB1-1413.14/1 –

– Auszug –

...

Das Staatsministerium des Innern ging in seinem Schreiben vom 31. Oktober 1991 (Az.: IB1-3001-1/4 [91]) und vom 1. Februar 1985 (Az.: IB1-3002-4/16 [84]) davon aus, dass Vergabeangelegenheiten grundsätzlich in öffentlicher Sitzung zu behandeln seien, soweit nicht Rücksichten auf das Wohl der Allgemeinheit oder auf berechnete Ansprüche einzelner entgegenstünden, da Art. 52 Abs. 2 GO als förmliche gesetzliche Regelung der VOB und der VOL vorgehe. Diese Auffassung wurde von den anderen Ländern geteilt.

Aufgrund § 57a des Haushaltsgrundsätzegesetzes (– HGrG – i.d.F. des ÄndG vom 26. November 1993, BGBl. I S. 1928) und der hierzu ergangenen Verordnung über

(Fortsetzung Seite 21)

- 1) Die §§ 57a bis 57c des Haushaltsgrundsätzegesetzes (siehe bei Nr. I 3) vom 19. August 1969 wurden aufgehoben durch Art. 3 Abs. 1 des Gesetzes zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge vom 26. August 1998 (BGBl. I S. 2512). Die einschlägigen Rechtsvorschriften sind in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (vgl. §§ 97 ff., abgedruckt unter I 3 a) eingearbeitet worden.
- 2) Die VgV ist abgedruckt unter I 3 b.
- 3) Sowohl die VOB/A als auch die VOL/A wurden neu erlassen; sie sind abgedruckt unter V A 2 a bzw. unter V A 3 a. Die im IMS zitierten Paragraphen der VOB/A bzw. VOL/A haben sich deshalb geändert. Die Aussagen im vorgenannten IMS, welche Vergaben in öffentlicher Sitzung zu behandeln sind und welche in nichtöffentlicher, gelten jedoch weiter.

die Vergabebestimmungen für öffentliche Aufträge (Vergabeverordnung – VgV – vom 22. Februar 1994, BGBl. I S. 321¹⁾) ist eine Änderung der Rechtslage eingetreten. Die Frage der Öffentlichkeit von Gemeinderatssitzungen bei Vergabeentscheidungen stellt sich nunmehr – vorbehaltlich etwaiger Rechtsprechung – wie folgt dar:

1. Anwendungsbereich der VOB/A und der VOL/A, Verhältnis zu Art. 52 GO:

- a) Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 VgV haben die in § 57a Abs. 1 Nr. 1 bis 3 HGrG genannten Auftraggeber, das sind u. a. die Gebietskörperschaften, bei der Vergabe von Lieferaufträgen die VOL/A anzuwenden, wenn sich der geschätzte Auftragswert wenigstens auf die in § 1a Nr. 1 Abs. 1 oder 3 VOL/A genannten Beträge beläuft. Das Gleiche gilt nach § 2 Abs. 1 VgV für die Anwendung der VOB/A, wenn ein Schwellenwert, der näher in § 1a VOB/A festgelegt ist, erreicht wird.

Soweit die Vergabeverordnung die Vorschriften der VOB/A und der VOL/A für anwendbar erklärt, gehen diese als Bundesrecht Art. 52 GO vor (Art. 31 GG).

- b) Soweit die Vergabeverordnung die VOB/A und die VOL/A nicht für anwendbar erklärt, gilt Folgendes:

aa) VOB:

In der Bekanntmachung vom 25. September 1990 (AllIMBl. S. 751), zuletzt geändert durch Bek. v. 17. März 1993, AllIMBl. S. 554) hat das Staatsministerium des Innern die VOB zu Vergabegrundsätzen im Sinne des § 31 Abs. 2 KommHV erklärt und die Kommunen zu deren Anwendung verpflichtet. Dies bedeutet, dass die VOB über § 31 KommHV verbindlich für alle Kommunen vorgeschrieben ist.

Diese Regelungen können jedoch nicht Art. 52 GO verdrängen, da die Gemeindeordnung als förmliches Gesetz der Kommunalhaushaltsverordnung vorgeht.

bb) VOL:

Im Gegensatz zur VOB wurde die VOL für die Kommunen nicht als verbindlicher Vergabegrundsatz eingeführt. Deshalb ist die VOL unter dem o.g. Schwellenwert für die Kommunen nicht verpflichtend, sondern nur auf freiwilliger Basis anzuwenden, z. B. aufgrund genereller Beschlüsse der Vertretungsorgane. Solche Beschlüsse können Art. 52 GO nicht einschränken.

2. Inhalt der VOB/A und der VOL/A:

- a) Im Gegensatz zu Bauleistungen, bei denen es in der Regel um einmalig durchzuführende Maßnahmen geht, handelt es sich bei Lieferleistungen um häufig wiederkehrende Beschaffungen. In der VOL/A wird deshalb z. B. eine völlige Geheimhaltung der Preise verlangt, weil bei VOL-Vergaben die aus verschiedenen Wettbewerben hervorgehenden Preise miteinander vergleichbar sind und Rückschlüsse, z. B. auf die Kalkulation der Bieter, zulassen. Etwas anderes gilt bei den Bauleistungen, die sich mit ihren Rahmenbedingungen in der Regel erheblich voneinander unterscheiden.

Aus diesem Grund ist z. B. § 22 VOL/A, der die Öffnung der Angebote bei Ausschreibungen und die Vertraulichkeit regelt, strenger als § 22 VOB/A.

1) VgV vom 11.2.2003 (BGBl. I S. 169), abgedruckt unter I 3 b.

Nach § 22 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A sind Bieter in der Verhandlung zur Öffnung der Angebote nicht zuzulassen; die Niederschrift darf weder den Bietern noch der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden (§ 22 Nr. 5 VOL/A). Bei Anwendung der VOB/A hingegen dürfen nach § 22 Nr. 1 VOB/A die Bieter und ihre Bevollmächtigten im Eröffnungstermin zugegen sein; ihnen ist die Einsicht in die Niederschrift und ihre Nachträge zu gestatten. Ferner dürfen ihnen – anders als nach VOL/A – die Namen der Bieter und die Endbeträge der Angebote sowie die Zahl der Änderungsvorschläge und der Nebenangebote mitgeteilt werden (§ 22 Nr. 7 VOB/A). § 22 VOB/A geht demnach im Gegensatz zu § 22 VOL/A von einer „Bieteröffentlichkeit“ des Eröffnungstermins aus.

- b) Wenn man diese Regelungen und die unterschiedlichen Rückschlüsse, die aus den Angeboten gezogen werden können, berücksichtigt, wird deutlich, dass die Regelungen über die Vertraulichkeit im Rahmen der VOL dem Bieterschutz dienen, während die Regelungen der VOB hauptsächlich die Kontrolle der Angebote durch die Mitbieter bezwecken.

Sowohl VOB/A als auch VOL/A enthalten verfahrensrechtliche Regelungen über die Zulassung bzw. Nichtzulassung der Öffentlichkeit und der Mitbieter im Zusammenhang mit dem Eröffnungstermin. Derartige Verfahrensregelungen finden sich jedoch nicht bei den Bestimmungen über den Zuschlag. Bei den Beratungen im Gemeinderat oder in einem Ausschuss wird es sich aber grundsätzlich um die Beratung der Vergabeentscheidung handeln.

3. Inhalt des Art. 52 GO:

- a) Nach Art. 52 Abs. 2 GO sind Sitzungen öffentlich, soweit nicht Rücksichten auf das Wohl der Allgemeinheit oder auf berechnigte Ansprüche Einzelner entgegenstehen.

Unter „Wohl der Allgemeinheit“ sind wichtige staatliche oder gemeindliche Interessen zu verstehen. Ein Interesse an der Geheimhaltung liegt immer dann vor, wenn im Zeitpunkt der Entscheidung bereits konkret erkennbar ist, dass im Fall der Verletzung der Geheimhaltungspflicht ein schwerwiegender Schaden für die Gemeinde entstehen kann. Dies ist z. B. dann der Fall, wenn sie bei Öffentlichkeit der Sitzung den Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit der Haushaltsführung (Art. 61 Abs. 2 GO) nicht wahren könnte, weil mangelnde Vertraulichkeit zu einer Verteuerung bzw. zusätzlichen Kosten führen könnten.

Mit „berechtigten Ansprüchen Einzelner“ sind rechtlich geschützte oder anerkannte Interessen gemeint, z. B. die Vermeidung des Bekanntwerdens persönlicher oder wirtschaftlicher Verhältnisse, an deren Erörterung die Allgemeinheit kein berechtigtes Interesse hat und deren Bekanntgabe dem einzelnen nachteilig sein kann (vgl. u.).

- b) Die unbestimmten Rechtsbegriffe des Art. 52 Abs. 2 GO „Wohl der Allgemeinheit“ und „berechnigte Ansprüche einzelner“ sind anhand der Besonderheiten des jeweiligen Vergabeverfahrens auszulegen.

Die einzelnen Bieter haben ein schutzwürdiges Interesse daran, dass ihr Know-how und ihre Betriebsgeheimnisse nicht bekannt und von Konkurrenzfirmen

verwertet werden können. Konkurrenten sollen nicht dadurch, dass sie vergleichbare Einzelheiten von Angeboten erfahren, Rückschlüsse auf die Kalkulation ihrer Konkurrenzfirmen ziehen können.

Aber auch das Interesse der Allgemeinheit ist bei der Frage, ob eine Sitzung öffentlich oder nichtöffentlich abgehalten wird, zu berücksichtigen. Durch die Vergabeverfahren soll gewährleistet werden, dass öffentliche Mittel im Rahmen eines geordneten Wettbewerbs wirtschaftlich und sparsam eingesetzt werden, da nur in einem uneingeschränkten Wettbewerb die günstigsten Ergebnisse für den Auftraggeber erzielt werden können. Deshalb werden bei VOL-Vergaben die Endpreise wegen ihrer Vergleichbarkeit (anders: VOB-Endpreise) auch den Bieter vorenthalten, damit sich Unternehmen nicht an den Preisen ihrer Konkurrenten orientieren können.

4. Konsequenzen für die Öffentlichkeit von Gemeinderatssitzungen:

Unabhängig davon, ob VOB/A oder VOL/A durch die Vergabeverordnung wegen Überschreitens des Schwellenwertes verbindlich vorgeschrieben sind oder nicht, ergeben sich aus dem Gesagten folgende Hinweise für die Öffentlichkeit von Gemeinderatssitzungen:

a) VOL-Vergaben:

Aufgrund der Vergleichbarkeit der Angebote bei der VOL-Vergabe sind die Sitzungen des Gemeinderates nur dann öffentlich, wenn es sich um völlig „anonyme“ Beschlüsse handelt (d. h. ohne Erörterung im Einzelnen, ohne Nennung des Endpreises und der Namen der Bieter einschließlich des Bieters der den Zuschlag erhalten soll).

In der Regel wird man bei einer VOL-Vergabe aber davon ausgehen können, dass die Ausnahmetatbestände „Wohl der Allgemeinheit“ oder „berechtigte Ansprüche Einzelner“ vorliegen, die eine nichtöffentliche Sitzung gebieten.

Die in nichtöffentlicher Sitzung gefassten Beschlüsse sind gemäß Art. 52 Abs. 3 GO der Öffentlichkeit bekannt zu geben, sobald die Gründe für die Geheimhaltung weggefallen sind. Die Bekanntgabe beschränkt sich dabei in der Regel auf die Tatsache des Zuschlages ohne Angabe des Endpreises und des Namens des Bieters sowie auf die Art der Vergabe. § 27a Sätze 3 und 4 VOL/A¹⁾ können hierbei zur Auslegung herangezogen werden. Darüber hinaus hat bei Vergaben, die nach Abschnitt 2 der VOL/A vorgenommen werden, auf jeden Fall eine Bekanntmachung nach § 27a VOL/A stattzufinden, die nach dem im Anhang E des Abschnittes 2 der VOL/A enthaltenen Muster erstellt wird.

Diese Grundsätze gelten jedenfalls dann, wenn die Anwendung der VOL verbindlich vorgeschrieben ist. Aber auch dann, wenn die Gemeinde die VOL freiwillig oder gar nicht anwendet, können diese Überlegungen für die Auslegung des Art. 52 Abs. 2 GO herangezogen werden.

b) VOB-Vergaben:

Bei VOB-Vergaben stellt sich die Frage der Öffentlichkeit etwas anders dar:

Aufgrund der Unterschiede zwischen der VOB/A und der VOL/A, die oben dargestellt sind, besteht bei VOB-Vergaben grundsätzlich eine geringere Schutzbedürftigkeit. Dies hat zur Folge, dass hier der Grundsatz der Öffent-

1) In VOL/A Ausgabe 2009 § 22 VOL/A-EG.

lichkeit von Gemeinderatssitzungen stärker zum Tragen kommt, weil die Ausnahmebestände des Art. 52 Abs. 2 GO nicht so häufig vorliegen werden:

- Eine Vergabeangelegenheit ist im Hinblick auf berechnete Ansprüche Einzelner – etwa aus Gründen des Bieterschutzes – beispielsweise dann in nichtöffentlicher Sitzung zu behandeln, wenn Fragen der persönlichen Verhältnisse eines Bieters (etwa seine Bonität, Zuverlässigkeit, Kalkulationsgrundlagen oder betriebsinterne Fragen) in der Sitzung erörtert werden.
- Auch gewichtige öffentliche Belange, wie etwa die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs, können unter dem Gesichtspunkt der Rücksicht auf das Wohl der Allgemeinheit den Ausschluss der Öffentlichkeit rechtfertigen.

Beispielsweise sollten die vor dem Wettbewerb zu erstellenden Bewerberlisten bei einer beschränkten Ausschreibung oder bei einer Beschränkten Ausschreibung nach Öffentlichen Teilnahmewettbewerben (§ 3 VOB/A), sofern sie überhaupt im Gemeinderat behandelt werden, grundsätzlich in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen werden. Dies dient der Aufrechterhaltung des Wettbewerbs, woran die Kommune und damit die Allgemeinheit gerade deshalb ein berechtigtes Interesse hat, weil dadurch der Gefahr einer Abstimmung der Bewerber über ihre Angebote entgegengewirkt und die Abgabe wirtschaftlicher Angebote gefördert wird.

Die in nichtöffentlicher Sitzung gefassten Beschlüsse sind gemäß Art. 52 Abs. 3 GO der Öffentlichkeit bekannt zu geben, sobald die Gründe für die Geheimhaltung weggefallen sind. Hierbei kann in der Regel der Name des Bieters, der Endpreis und die Art der Vergabe genannt werden. § 28a Nr. 1 Abs. 3 VOB/A¹⁾ kann hierbei zur Auslegung herangezogen werden. Darüber hinaus hat bei Vergaben, die nach Abschnitt 2 der VOB/A vorgenommen werden, auf jeden Fall eine Bekanntgabe nach § 28a VOB/A stattzufinden, die nach dem im Anhang E des Abschnittes 2 der VOB/A enthaltenen Muster erstellt wird.

c) Geschäftsordnung:

Die Gemeinderäte können Fragen zur Öffentlichkeit oder Nichtöffentlichkeit von Sitzungen bei Vergabeentscheidungen in ihrer Geschäftsordnung allgemein regeln. Deren Inhalt hängt – unter Beachtung des oben Gesagten – davon ab, in welcher Form die Vergabeentscheidungen im Gemeinderat in der Regel getroffen werden. Eine solche Geschäftsordnungsregelung ist sowohl für die VOB wie auch für die VOL möglich. Sie entbindet den Gemeinderat jedoch nicht von der Notwendigkeit der Prüfung im Einzelfall. Ergeben sich insoweit Zweifel, ist trotz der allgemeinen Festlegung in der Geschäftsordnung eine Entscheidung für den Einzelfall zu treffen, die dann Vorrang hat.

Wird die Vergabe in einer öffentlichen Sitzung behandelt und wird dazu übergegangen, schutzwürdige Details aus den Angeboten zu erörtern, hat der Vorsitzende die Nichtöffentlichkeit der Sitzung durch Beschluss herbeizuführen.

Die vorstehenden Ausführungen gelten entsprechend für die Behandlung von Vergabeangelegenheiten der Landkreise und der Bezirke.

Die Landratsämter werden gebeten, die kreisangehörigen Gemeinden zu unterrichten.

1) In VOB/A Ausgabe 2009 § 18a VOB/A.

Die Vergabehandlungen sind sowohl bei den staatlichen Dienststellen als auch bei den Kommunen verwaltungsinterne Verfahren.

Zu beachten ist u. a.:

- Die Namen und auch die Anzahl der Bewerber bei Ausschreibungen sind geheim zu halten. Auskünfte darüber dürfen weder Bewerbern noch Dritten gegeben werden.
- Nach § 14 Abs. 1 VOB/A sind zum Eröffnungstermin außer den unmittelbar beteiligten Amtsangehörigen nur Bieter bzw. deren Bevollmächtigte zuzulassen; nur diesem Personenkreis ist Einblick in die Niederschrift über den Eröffnungstermin zu geben.
- Auskünfte über den Inhalt der eingereichten Angebote und etwaige Änderungsvorschläge oder Nebenangebote, über den Stand des verwaltungsinternen Vergabeverfahrens, insbesondere über für eine Zahlungserteilung in Aussicht bzw. nicht in Aussicht genommene Angebote dürfen weder Bietern noch Dritten gegeben werden.

8. Nachprüfungsverfahren

Das Verfahren zur Nachprüfung von Vergaben ist unterschiedlich geregelt, je nachdem ob es sich

- um Vergaben nach kommunalrechtlichen Vorschriften oder
- um Vergaben nach bundesrechtlichen Vorschriften

handelt. Für kommunalrechtliche Vergaben gibt es keine speziellen Rechtsvorschriften, für bundesrechtliche Vergaben sind spezielle Rechtsvorschriften erlassen worden.

8.1 Nachprüfung von Vergaben nach kommunalrechtlichen Vorschriften

8.1.1 Vergabe von Bauaufträgen

In der Bekanntmachung und in den Vergabeunterlagen sind die Nachprüfungsstellen anzugeben, an die sich der Bewerber oder Bieter zur Nachprüfung behaupteter Verstöße gegen die Vergabebestimmungen wenden kann (§ 21 VOB/A).

Nach den allgemeinen kommunalrechtlichen Vorschriften wären das die jeweiligen Rechtsaufsichtsbehörden. Um eine Aufspaltung der Zuständigkeiten zu vermeiden wurde in Nr. 4.1 der IMBek zu § 31 KommHV-Kameralistik, § 30 KommHV-Doppik vom 14.10.2005 – abgedruckt unter III 31 Anhang 1 – bestimmt, dass **für Vergaben nach der VOB/A unterhalb der Schwellenwerte die Regierungen (VOB-Stellen)** Nachprüfungsstellen im Sinne von § 31 KommHV-Kameralistik, § 30 KommHV-Doppik sind und zwar auch für Kreisangehörige Gemeinden. Einzelheiten ergeben sich aus der Bek des Bayer. Staatsministeriums des Innern über die Zuständigkeit der VOB-Stellen bei den Regierungen vom 21.10.2003 (AllMBI S. 882). Die Umsetzung der Ent-

scheidung der VOB-Stelle überwacht die jeweils zuständige Rechtsaufsichtsbehörde (Art. 110 ff. GO, Art. 96 ff. LKrO). Sie übt ggf. das Beanstandungsrecht und im äußersten Fall das Recht der Ersatzvornahme aus (Art. 112 und 113 GO, Art. 98 und 99 LKrO). Lediglich für die **Bezirke** ist das Staatsministerium des Innern Nachprüfungsstelle.

8.1.2 Vergabe von Lieferungen und Leistungen

Die VOL/A kennt die Institution Nachprüfungsstelle nicht. Außerdem ist die VOL/A, soweit der Schwellenwert nicht erreicht oder überschritten wird, kein verbindlicher Vergabegrundsatz im Sinne von § 31 Abs. 2 KommHV-Kameralistik, § 30 KommHV-Doppik (siehe IMBek zu § 31 Abs. 2 KommHV-Kameralistik, § 30 KommHV-Doppik, abgedruckt als Anhang 1 zu § 31 KommHV). Bei der Vergabe von Lieferungen und Leistungen unterhalb des Schwellenwertes gelten daher die allgemeinen Bestimmungen des § 31 Abs. 1 KommHV in Verbindung mit dem in Art. 61 GO normierten Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit. Gleichwohl können die Kommunen freiwillig die VOL/A anwenden.

Verstöße gegen die Vergabegrundsätze des § 31 Abs. 1 KommHV-Kameralistik, § 30 KommHV-Doppik oder die VOL/A, wenn diese freiwillig angewandt wird, sind der jeweiligen Rechtsaufsichtsbehörde zu melden, da die Vergabe grundsätzlich für Lieferungen und Leistungen unterhalb der Schwellenwerte im kommunalen Haushaltsrecht normiert ist und bei Rechtsverstößen die allgemeinen kommunalrechtlichen Grundsätze Anwendung finden.

8.1.3 Weitere Folgen bei Rechtsverletzungen

Bei Verletzung vergaberechtlicher Verpflichtungen besteht außerdem die Gefahr, dass

- der Vertrag nach zivilrechtlichen Vorschriften (§ 138 BGB) nichtig ist,
- zivilrechtliche Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden,
- bei einem Verstoß gegen das EU-Primärrechts (siehe Erl. 2.2.2 zu § 31 KommHV-Kameralistik) durch die EU-Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet wird.

Mit Beschluss vom 2.5.2007 (BVerwG 6 B 10.07) hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, **dass bei öffentlichen Auftragsvergaben unterhalb** der EU-Schwellenwerte grundsätzlich ausschließlich der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten (Zivilgerichten) und nicht zu den Verwaltungsgerichten gegeben ist, da sich die öffentliche Hand bei der Anwendung des Vergaberechts auf dem Boden des Privatrechts bewege. Dazu führt das Bundesverwaltungsgericht u. a. aus:

„Ob eine Streitigkeit öffentlich-rechtlich oder bürgerlich-rechtlich ist, richtet sich nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der geltend gemachte Anspruch hergeleitet wird. Dabei kommt es regelmäßig darauf an, ob die Beteiligten zueinan-

Westner

der in einem hoheitlichen Verhältnis der Über- und Unterordnung stehen und sich der Träger hoheitlicher Gewalt der besonderen Rechtssätze des öffentlichen Rechts bedient. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit kann aber auch auf einem Gleichordnungsverhältnis beruhen. Gleichordnungsverhältnisse sind öffentlich-rechtlich, wenn die das Rechtsverhältnis beherrschenden Rechtsnormen nicht für jedermann gelten, sondern Sonderrecht des Staates oder sonstiger Träger öffentlicher Aufgaben sind, das sich zumindest auf einer Seite nur an Hoheitsträger wendet.

Nach diesen Grundsätzen ist (auch) für Streitigkeiten in Vergabeverfahren, die nicht in den Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB fallen, weil sie Aufträge unterhalb der Schwellenwerte betreffen, der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet.“

Der Beschluss wird ausführlich abgehandelt in einem Beitrag der Fundstelle 18/2007 Rd.Nr. 246.

8.2 Nachprüfungsverfahren von Vergaben nach bundesrechtlichen Vorschriften¹⁾

8.2.1 Allgemeines

Im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist für Vergaben nach bundesrechtlichen Vorschriften (das sind Vergaben ab einem bestimmten Schwellenwert nach der VOB/A, der VOL/A und der VOF) ein eigenes Nachprüfungsverfahren normiert. Unbeschadet der Prüfungsmöglichkeiten von Aufsichtsbehörden unterliegt diese Vergabe von öffentlichen Aufträgen der Nachprüfung durch die Vergabekammern (§§ 102 ff. GWB). Das sind in Bayern:

- **In erster Instanz,**
 - **die Vergabekammer Südbayern** bei der Regierung von Oberbayern (zuständig für die Überprüfung von Vergaben von Vergabestellen, die ihren Sitz in den Regierungsbezirken Oberbayern, Niederbayern und Schwaben haben)
 - **die Vergabekammer Nordbayern** (bei der Regierung von Mittelfranken, zuständig für die Überprüfung von Vergaben von Vergabestellen, die ihren Sitz in den Regierungsbezirken Oberpfalz, Oberfranken, Mittelfranken und Unterfranken haben, siehe § 2 BayNPV, abgedruckt unter I 3 c).
- **In zweiter Instanz das Oberlandesgericht München,** zuständig für ganz Bayern (siehe § 22 GZVJu).

8.2.2 Verfahren vor der Vergabekammer

8.2.2.1 Rechtsschutz des Bieters

Der **Bieter** hat je nach dem zeitlichen Fortschritt des Vergabeverfahrens unterschiedliche Möglichkeiten, Rechtsschutz vor der Vergabekammer in Anspruch zu nehmen, und zwar:

1) Zum Nachprüfungsverfahren von Vergaben nach bundesrechtlichen Vorschriften siehe auch IV der Handreichung des Bayer. Staatsministeriums für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie, abgedruckt als Anhang 13 zu § 31 KommHV-Kameralistik.

- Rechtsschutz vor der Zuschlagsentscheidung
- Rechtsschutz zwischen Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung
- Rechtsschutz nach der Zuschlagserteilung

Das Bayer. Staatsministerium für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie hat dazu in seinem Leitfadens Vergabe und Nachprüfung öffentlicher Aufträge Folgendes ausgeführt:

„Rechtsschutz vor Zuschlagsentscheidung

Der Bieter kann zum Schutz seiner Rechte vor der Entscheidung des Auftraggebers, welchem Bieter er den Zuschlag erteilen wird, in erster Instanz die Vergabekammern anrufen. Die Vergabekammern werden nur auf Antrag tätig. Antragsbefugt ist jedes Unternehmen, das ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Bieterrechten geltend macht. Die Verletzung kann in der Nichtbeachtung der Vergabevorschriften oder in dem Unterlassen der Ausschreibung liegen.

Der Antragsteller hat den Verfahrensverstoß, sofern er ihn erkannt hat oder der Verstoß aus der Bekanntmachung erkennbar ist, bei der Vergabestelle vor Stellung des Nachprüfungsantrags zu rügen. Kommt er seiner Rügepflicht nicht **unverzüglich** nach, so ist der Antrag unzulässig.

Aus den Vergabeunterlagen erkennbare Verstöße sind spätestens bis zum Ablauf der Bewerbungs- und Angebotsfrist zu rügen (§ 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB). Wird einer Rüge nicht abgeholfen, ist ein Nachprüfungsantrag innerhalb von 15 Kalendertagen nach Zugang der Mitteilung zu stellen (§ 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB).

Ist der Antrag nicht offensichtlich unzulässig oder unbegründet, so stellt ihn die Vergabekammer dem Auftraggeber zu. Nach der Zustellung des Antrags darf der Auftraggeber den Zuschlag bis zur Entscheidung der Vergabekammer und bis zum Ablauf der für die Einlegung der sofortigen Beschwerde an das OLG geltenden Frist nicht erteilen.

Die Vergabekammer fällt und begründet ihre Entscheidung nach einer mündlichen Verhandlung **innen** einer Frist von **fünf** Wochen. Die Frist kann ausnahmsweise bei besonders schwierigen Verfahren durch begründete Verfügung verlängert werden.

Rechtsschutz zwischen Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung

Nach der Wertung der Angebote hat der Auftraggeber die **Zuschlagsentscheidung** zu treffen. Vor der **Zuschlagserteilung** muss er nach § 101a GWB die nicht berücksichtigten Bieter über seine Zuschlagsentscheidung informieren, und zwar 15 Kalendertage vor der Zuschlagserteilung¹⁾; dies gilt auch für Bewerber, die nicht vorher über die Ablehnung ihrer Bewerbung informiert wurden. Die Frist beginnt am Tag nach der Absendung der Information durch den Auftraggeber. Innerhalb dieser Frist kann der Bieter die Entscheidung des Auftraggebers vor der Vergabekammer überprüfen lassen. Unterbleibt die Information der Bieter durch den Auftraggeber oder erteilt er den Zuschlag vor Fristablauf, so ist der Vertrag von Anfang an unwirksam (§ 101b Abs. 1 GWB).

1) Wird die Information per Fax oder auf elektronischem Weg versendet, verkürzt sich die Frist auf zehn Kalendertage (§ 101a Abs. 1 Satz 4 GWB).

Rechtsschutz des Bieters nach Zuschlagserteilung

Das Vergabeverfahren endet mit der Zuschlagserteilung auf ein Angebot. Durch den Zuschlag wird ein Angebot angenommen und damit der Vertrag geschlossen. Mit der Erteilung des Zuschlags enden die Rechtsschutzmöglichkeiten des vermeintlich übergangenen Bieters. Die Zuschlagserteilung ist nach den Bestimmungen des GWB unanfechtbar, § 114 Abs. 2 GWB. Der vermeintlich übergangene Bieter kann nur noch die Feststellung des Vorliegens einer Rechtsverletzung beantragen, sofern er vor Zuschlagserteilung ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet hat, oder Schadensersatzansprüche geltend machen.“

8.2.2.2 Schutz des Auftraggebers

Der **öffentliche Auftraggeber** kann die Nachprüfung seines Vergabeverfahrens vor der Vergabekammer **nicht** beantragen. Antragsbefugt ist nur ein Unternehmen, das ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht.

Der öffentliche Auftraggeber kann sich jedoch im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens von der Vergabekammer gestatten lassen, den Zuschlag erteilen zu dürfen. Das Oberlandesgericht München kann aber als Beschwerdegericht auf Antrag des Bieters die Zuschlagserteilung wieder verbieten.

Die Vergabekammer wird wohl dem Antrag des Auftraggebers zustimmen, wenn die Vorteile eines raschen Abschlusses des Vergabeverfahrens die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe überwiegen.

8.2.3 Verfahren vor dem Oberlandesgericht München

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer können sowohl der öffentliche Auftraggeber als auch der am Verfahren vor der Vergabekammer beteiligte Bieter schriftlich sofortige Beschwerde beim Oberlandesgericht München einlegen. Die Frist beträgt zwei Wochen. Sie beginnt mit der Zustellung der Entscheidung und im Fall des § 116 Abs. 2 GWB nach Ablauf der fünfwöchigen Frist, innerhalb der die Vergabekammer eine Entscheidung treffen muss (§ 116 Abs. 1 und § 17 Abs. 1 GWB).

Die Beschwerdeschrift muss von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Das gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts (§ 117 Abs. 3 GWB).

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer; diese entfällt allerdings zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Während der aufschiebenden Wirkung darf die Gemeinde den Zuschlag nicht erteilen (§ 118 Abs. 1 GWB).

Auf Antrag der Gemeinde kann das OLG unter Berücksichtigung der Erfolgsaussichten der sofortigen Beschwerde des Bieters den weiteren Fortgang des Vergabeverfahrens und den Zuschlag gestatten (§ 121 Abs. 1 GWB). Über die-

sen Antrag hat das OLG unverzüglich, längstens aber innerhalb von fünf Wochen nach Eingang des Antrags zu entscheiden. Die Entscheidung ist zu begründen (§ 121 Abs. 3 GWB).

Für Amtshandlungen der Vergabekammern werden Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwands verlangt; Näheres siehe § 128 GWB.

8.2.4 Verfahren vor den ordentlichen Gerichten

Ein Bieter kann wegen Verletzungen von Vergabevorschriften Schadenersatzansprüche vor den ordentlichen Gerichten geltend machen, v. a. für die Kosten der Vorbereitung des Angebots und die Teilnahme am Vergabeverfahren § 126 GWB. Die ordentlichen Gerichte sind an die bestandskräftigen Entscheidungen der Vergabekammer und des OLG gebunden (§ 124 GWB).

Erweist sich der Antrag nach § 107 GWB oder die sofortige Beschwerde nach § 116 GWB von Anfang an als ungerechtfertigt, so hat im Fall des § 107 GWB der Bieter und im Fall des § 116 GWB der Bieter oder die Gemeinde dem Gegner und den Beteiligten den Schaden zu ersetzen, der ihnen durch den Missbrauch des Antrags- oder Beschwerderechts entstanden ist (§ 125 Abs. 3 GWB).

Ein Missbrauch ist insbesondere:

- die Aussetzung oder die weitere Aussetzung des Vergabeverfahrens durch vorsätzlich oder grob fahrlässig vorgetragene falsche Angaben zu erwirken;
- die Überprüfung mit dem Ziel zu beantragen, das Vergabeverfahren zu behindern oder Konkurrenten zu schädigen;
- einen Antrag in der Absicht zu stellen, ihn später gegen Geld oder andere Vorteile zurückzunehmen (§ 125 GWB).

9. Bevorzugung ortsansässiger Bieter

Die Regelungen in der früheren VOB über die Bevorzugung **ortsansässiger Bieter** bei handwerksmäßigen Leistungen ist in die überarbeitete VOB nicht übernommen worden. Angebote ortsansässiger Bieter sind nun im Rahmen des § 16 Abs. 6 VOB/A zu werten (vgl. § 16 Abs. 7 VOL/A). Hier sei auch darauf hingewiesen, dass bereits der Wettbewerb selbst nicht auf Bewerber beschränkt werden darf, die in bestimmten Regionen ansässig sind (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A). Der Hinweis auf die Gewerbesteuer wird als sachfremder Gesichtspunkt gewertet; ähnlich auch das Argument der Beschäftigung örtlicher Arbeitskräfte. Ortskenntnis, vorangegangene Beauftragungen und schnelle Verfügbarkeit des Unternehmens (z. B. bei Instandhaltungs-, Instandsetzungs- und Wartungsarbeiten) sind nur dann zu berücksichtigen, wenn dies im Einzelfall infolge von Besonderheiten des Auftrags für eine ordnungsge-

mäße Erfüllung entscheidend ist. Siehe dazu auch die Erläuterungen zur „Wertungspauschale“ Nr. 2.3.

Das **annehmbare Angebot** ist dasjenige, das unter Berücksichtigung aller technischen und wirtschaftlichen, ggf. auch gestalterischen und funktionsbedingten Gesichtspunkte als das annehmbarste erscheint. Die Überlegungen haben sich dabei auf die Umstände des Einzelfalls, d. h. auf die jeweils zu vergebende Bauleistung (Lieferleistung) zu beschränken; allgemein gehaltene Erwägungen sind nicht am Platze. Auf ein Angebot mit einem unangemessen hohen oder niedrigen Preis darf der Zuschlag nicht erteilt werden.

Erscheint ein Angebotspreis unangemessen niedrig und ist anhand vorliegender Unterlagen über die Preisermittlung die Angemessenheit nicht zu beurteilen, ist in Textform vom Bieter Aufklärung über die Ermittlung der Preise für die Gesamtleistung oder für Teilleistungen zu verlangen, gegebenenfalls unter Festlegung einer zumutbaren Antwortfrist. Bei der Beurteilung der Angemessenheit sind die Wirtschaftlichkeit des Bauverfahrens, die gewählten technischen Lösungen oder sonstige günstige Ausführungsbedingungen zu berücksichtigen.

In die engere Wahl kommen nur solche Angebote, die unter Berücksichtigung rationellen Baubetriebs und sparsamer Wirtschaftsführung eine einwandfreie Ausführung einschließlich Haftung für Mängelansprüche erwarten lassen. Unter diesen Angeboten soll der Zuschlag auf das Angebot erteilt werden, das unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte, wie z. B. Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebs- und Folgekosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe oder Ausführungsfrist als das wirtschaftlichste erscheint. Der niedrigste Angebotspreis allein ist nicht entscheidend (§ 16 Abs. 6 VOB/A).

Zu den „*technischen Gesichtspunkten*“ gehört alles, was in technischer Hinsicht mit dem zu erstellenden Bauobjekt zu tun hat, also z. B. die im Angebot vorgeschlagene Ausführungsweise, das technische Vermögen des Bieters, Erfahrung und Fachwissen bei speziellen Bauaufgaben, Fragen der Materialbeschaffung und -gestaltung, der maschinellen Einrichtungen usw.

Unter „*wirtschaftlichen Gesichtspunkten*“ ist alles zu verstehen, was in wirtschaftlicher Hinsicht mit der Erstellung des Bauobjekts in Zusammenhang steht. Hierher gehören u. a. die verlangten Zahlungsweisen, Fälligkeit von Voraus- und Abschlagszahlungen oder von evtl. Teilzahlungen, Vorschläge von verkürzten oder verlängerten Ausführungsfristen, nicht jedoch wirtschafts- oder strukturpolitische Zielsetzungen.

10. Vergabehandbuch

Der Freistaat Bayern hat für seine staatlichen Vergabestellen für die Vergabe von Bauleistungen das Vergabehandbuch für die Durchführung von Bauaufgaben durch die Behörden des Freistaates Bayern (VHB Bayern), für die An-

wendung der VOL/A das Vergabehandbuch für Lieferungen und Leistungen durch Behörden der Staatsbauverwaltung (VHL Bayern) und für die Anwendung der VOF das Vergabehandbuch für freiberufliche Leistungen (VHF Bayern) eingeführt. Die Vergabehandbücher sind ins Internet eingestellt und können dort eingesehen und heruntergeladen werden.

10.1 Handbuch für die Vergabe und Durchführung von Bauleistungen (VHB Bayern)

www.vergabehandbuch.bayern.de/

Bei der **Vergabe von Bauleistungen** wird den Kommunen vor allem im eigenen Interesse empfohlen, das VHB Bayern zu benutzen. Nach Auffassung des Innenministeriums erleichtert das die praktische Arbeit und trägt dazu bei, Auseinandersetzungen und Meinungsverschiedenheiten zu vermeiden (siehe Nr. 4.3 der Bek zu § 31 Abs. 2 KommHV-Kameralistik und zu § 30 Abs. 2 KommHV-Doppik, abgedruckt als Anhang 1). Die wichtigsten Richtlinien des Vergabehandbuchs sind bei den entsprechenden Paragrafen der VOB abgedruckt.

10.2 Handbuch für die Vergabe von Lieferungen und Leistungen durch Behörden der Staatsbauverwaltung (VHL Bayern)

<http://www.innenministerium.bayern.de/bauen/themen/vergabe-vertragswesen/16958/>

10.3 Handbuch für die Vergabe von freiberuflichen Leistungen (VHF Bayern)

<http://www.innenministerium.bayern.de/bauen/themen/vergabe-vertragswesen/16516/>

Bei der Anwendung der VOL/A und der VOF wird den Kommunen ebenfalls empfohlen, das VHL Bayern bzw. das VHF Bayern zu nutzen (siehe Nr. 4.3 der Bek zu § 31 Abs. 2 KommHV-Kameralistik und zu § 30 Abs. 2 KommHV-Doppik – abgedruckt als Anhang 1).

11. Rückforderung von Zuwendungen bei schweren Vergabeverstößen

Die Kommunen müssen nach **landesrechtlichen Vorschriften** (siehe § 31 Abs. 2 KommH-Kameralistik, § 30 Abs. 2 KommHV-Doppik u. die dazu ergangene IMBek) die VOB/Teile A, B und C **und nach bundesrechtlichen Vorschriften**, soweit die in § 2 VgV normierten Schwellenwerte erreicht werden (siehe §§ 4 ff. VgV), u. a. die VOB/A, die VOL/A, die VOF und die Sektorverordnung anwenden. Verstößt ein Zuwendungsempfänger gegen die o. g. Vorschriften, so kann die Bewilligungsbehörde gemäß Art. 49 Abs. 2a Nr. 2 BayVwVfG den Zuwendungsbescheid teilweise oder ganz widerrufen

Westner

und Zuwendung insoweit zurückfordern. Näheres regeln die Richtlinien zur Rückforderung von Zuwendungen bei schweren Vergabeverstößen vom 23.11.2006 (AllMBl S. 709, abgedruckt als Anhang 1 unter I 6).

Mit Urteil vom 9.2.2015 Az.: 4 B 12.2325 hat der Bayer. Verwaltungsgerichtshof festgestellt, dass die freihändige Vergabe von Ingenieurleistungen oberhalb des Schwellenwertes einen schweren Vergabeverstoß darstellt.

Hingewiesen wird auch auf die Abhandlung in der Zeitschrift Der Bayer. Bürgermeister „Rückforderung von Zuwendungen bei schweren Vergabeverstößen in der Praxis“ Nr. 11/2013 S. 383.

(Fortsetzung Seite 33)

12. Verwaltungsvorschriften für Zuwendungen des Freistaates Bayern an kommunale Körperschaften (VKK)

Die **Verwaltungsvorschriften für Zuwendungen des Freistaates Bayern an kommunale Körperschaften (VVK)** sehen in Nr. 3.1 der Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung an kommunale Körperschaften (ANBest-K) als Auflage die Beachtung der aufgrund § 31 Abs. 2 KommHV erlassenen Vergabegrundsätze vor (siehe Anlage 3 zu den VV zu Art. 44 BayHO).

Die Kommunen sollten sich dagegen wehren, wenn bei der Bewilligung von Zuwendungen an Kommunen das Vergabehandbuch darüber hinaus als zu beachtende Vorschrift vorgeschrieben wird. Die Anwendung des Vergabehandbuchs kann den Kommunen in einem Zuwendungsbescheid nur empfohlen werden; das ist jedoch überflüssig, weil dies in Nr. 4.3 der Bek zu § 31 Abs. 2 KommHV-Kameralistik, § 30 Abs. 2 KommHV-Doppik schon nachhaltig geschieht.

13. Beschleunigung von Vergabeverfahren in den Jahren 2009, 2010 und 2011¹⁾

Um eine zügige Umsetzung von Maßnahmen zur Überwindung der gegenwärtigen Konjunkturschwäche zu fördern, hat die Bayer. Staatsregierung die Wertgrenzen für die Vergabe von Aufträgen **unterhalb der EU-Schwellenwerte** im Rahmen der VOB/A und der VOL/A angehoben (siehe Bek. vom 3.3.2009 – abgedruckt unter III 31 Anhang 6 – AllBl S. 107, StAnz Nr. 10/2002, geändert durch Bek vom 23.11.2010, Az.: G 48/10, StAnz Nr. 48/2010). Diese betragen:

– Für Bauleistungen

- bei beschränkten Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb 1 000 000 € ohne Umsatzsteuer
- bei freihändigen Vergaben 100 000 € ohne Umsatzsteuer

– Für Liefer- und Dienstleistungen

bei beschränkten Ausschreibungen und freihändigen Vergaben jeweils ohne Teilnahmewettbewerb 100 000 € ohne Umsatzsteuer

Für Verfahren ab Erreichen der EU-Schwellenwerte werden, um das Vergabeverfahren zu beschleunigen, verkürzte Bewerbungs- und Angebotsfristen (siehe § 18a Nrn. 2 und 3 VOB/A, § 18a Nr. 2 Abs. 1 und 2 VOL/A und § 14 Abs. 2 VOF) zugelassen. Das Bayer. Staatsministerium des Innern hat mit Schreiben vom 4.3.2009 Nr. I B 3 – 1512.4 – 202 – abgedruckt unter III 31 Anhang 7 – nähere Hinweise zur o. g. Bek. gegeben.

1) Die Bek vom 3.3.2009 ist mit Ablauf des 31.12.2011 außer Kraft getreten.

Die Bek. der Bayer. Staatsregierung tritt am 4.3.2009 in Kraft und galt bis zum Ablauf des 31.12.2011. Sie ist abgedruckt als Anhang 6 III 31. Das IMS ist abgedruckt als Anhang 7 III 31.

Mit Schreiben vom 3.3.2009 Nr. I B 4 hat das Bayer. Staatsministerium des Innern außerdem zur Frage Stellung genommen, was die Kommunen, die Rechtsaufsichtsbehörden und die Förderbehörden bei der Finanzierung des kommunalen Eigenanteils im Rahmen des Konjunkturpakets II beachten müssen.

Besondere Vorsicht ist geboten, wenn

- es fraglich ist, ob eine Kommune einen ausgeglichenen Haushalt vorlegen können,
- es bereits absehbar ist, dass die Kommune keinen ausgeglichenen Haushalt vorlegen können,
- die Kommune zum Pilotprojekt „Struktur- und Konsolidierungshilfen“ gehört.

Das o. g. IMS ist abgedruckt als Anhang 8 unter III 31.

14. Kauf von Büchern für die Schule

14.1 Preisbindung

Nach dem Gesetz zur Regelung der Preisbindung bei Verlagserzeugnissen (BuchPrG)¹⁾ – nachstehend abgedruckt – unterliegen Bücher grundsätzlich einer Preisbindung (§ 3 BuchPrG). Nur in einem ganz eng begrenzten Rahmen sind Ausnahmen von den nach § 5 BuchPrG festgesetzten Preisen zulässig.

Dazu zählen:

- a) Der Verkauf von Büchern für Schülerbüchereien (§ 7 Abs. 2 BuchPrG) und
- b) die Sammelbestellung von Büchern für den Schulunterricht an allgemeinbildenden Schulen und beruflichen Schulen – eine Differenzierung wie früher erfolgt nicht mehr –, die **überwiegend** von der öffentlichen Hand finanziert werden – lernmittelfreie Schulbücher – (§ 7 Abs. 3 BuchPrG).

Zu a) Nach der Formulierung des Gesetzes „Beim Verkauf von Büchern können ... bis zu 10 Prozent Nachlass gewährt werden.“ ist der Buchhändler nicht verpflichtet einen Nachlass überhaupt oder einen Nachlass bis zu 10 Prozent einzuräumen. Nach der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 14/9196) ist Voraussetzung für den Preisnachlass – wenn ein solcher gewährt wird – die allgemeine Zugänglichkeit der Schülerbücherei für alle Schülerinnen und Schüler der jeweiligen Schule.

1) Das Gesetz zur Regelung der Preisbindung bei Verlagserzeugnissen (BuchPrG) ist abgedruckt im Anhang 3 zu § 31 KommHV.

Zu b) Nach § 7 Abs. 3 BuchPrG ist der Preisnachlass für lernmittelfreie Schulbücher nicht in das Belieben des Buchhändlers gestellt. Der kommunale Sachaufwandsträger hat vielmehr einen gesetzlich normierten Anspruch auf Preisnachlass. Dieser bewegt sich je nach Stück des gekauften Titels und Auftragswert zwischen 8 und 15 Prozent. Werden von einem Titel 10 Stück oder weniger gekauft, wird kein Nachlass gewährt. Soweit Schulbücher von den Schulen im Rahmen eigener Budgets angeschafft werden, ist statt der in § 7 Abs. 3 Nr. 1 und 2 festgesetzten Nachlässe ein genereller Nachlass von 12 Prozent für alle Sammelbestellungen zu gewähren (§ 7 Abs. 3 letzter Satz BuchPrG). Weitere Voraussetzung für den Preisnachlass ist, dass es sich um Bücher für den Schulunterricht handelt und diese **überwiegend** von der öffentlichen Hand finanziert und in das Eigentum des Sachaufwandsträgers übergehen. Für Bücher, die nicht **überwiegend** von der öffentlichen Hand, sondern z. B. von Schülern oder dem Elternbeirat ganz oder überwiegend bezahlt werden, darf der Nachlass nicht gewährt oder in Anspruch genommen werden. Zur jeweiligen Sammelbestellung zählen alle lernmittelfreien Bücher, die der Sachaufwandsträger „in einem Paket“ beim Buchhändler bestellt. Die Zusammenfassung des Bedarfs verschiedener Schulen des Sachaufwandsträgers ist möglich und kann zu höheren Preisnachlässen führen. Die Lieferung der Bücher an verschiedene Schulen führt **nicht** zur Splittung des Auftragswertes. Angemerkt wird, dass die nach dem Buchpreisbindungsgesetz ermittelten Preise „Endpreise“ sind und weitere Vergünstigungen, z. B. Skonto und Barzahlungsrabatte, nicht eingeräumt werden dürfen.

14.2 Vergaberechtliche Betrachtung

14.2.1 Kauf von Büchern für die Schülerbücherei

14.2.1.1 Vergaben unterhalb des Schwellenwertes von 200 000 € ohne Umsatzsteuer (§ 1 i. V. mit § 2 Nr. 2 VgV)

Die Vergabe eines Auftrags zur Lieferung von Büchern für die Schülerbücherei zählt zu den Lieferungen und Leistungen im Sinne der VOL/A (vgl. § 1 VOL/A). Die VOL ist, anders als die VOB, nach § 31 Abs. 2 KommHV-Kameralistik, § 30 Abs. 2 KommHV-Doppik i. V. mit der Bek. vom 14.10.2005 (abgedruckt als Anhang 1 zu § 31 KommHV-Kameralistik) den Kommunen **nicht** zur zwingenden Anwendung vorgeschrieben. Bei der Vergabe eines Auftrags zur Lieferung von Büchern für die Schülerbücherei sind daher die in § 31 Abs. 1 KommHV-Kameralistik und § 30 Abs. 1 KommHV-Doppik normierten Grundsätze zu beachten, das heißt, dass der Vergabe von Aufträgen eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen muss, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine beschränkte Ausschreibung oder eine freihändige Vergabe rechtfertigen.

Wie unter 14.1 zu a) ausgeführt, ist der Buchhändler beim Kauf von Büchern für die Schülerbücherei nicht verpflichtet, den nach § 7 Abs. 2 BuchPrG mögli-

chen Preisnachlass bis zu 10 Prozent zu gewähren. Eine Ausschreibung kann daher durchaus zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Je nach der Höhe des Auftragswertes ist eine freihändige Vergabe möglich bzw. eine beschränkte oder eine öffentliche Ausschreibung durchzuführen.

In analoger Anwendung der Nr. 1.2.2 der Vergabebekanntmachung vom 14.10.2005 ist bei einer Wertgrenze bis zu 30 000 € – ohne Umsatzsteuer – eine freihändige Vergabe zulässig, wenn die VOL/A angewandt wird. Um dem Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit Rechnung zu tragen, sollten jedoch mindestens drei formlose Preisangebote eingeholt werden. Bei Aufträgen über 30 000 € bis zu einer Wertgrenze von 100 000 € (jeweils ohne Umsatzsteuer) ist eine Beschränkte Ausschreibung zulässig. Die Wertgrenze bis zu 100 000 € kann jedoch nur in Anspruch genommen werden, wenn die Kommune die VOL/A anwendet (Nr. 1.2.1 IMBek vom 14.10.2005, abgedruckt als Anhang 1). Über 100 000 € (ohne Umsatzsteuer) muss eine öffentliche Ausschreibung durchgeführt werden; siehe dazu auch Nrn. 1.2.1 und 1.2.2 der IMBek vom 14.10.2005, abgedruckt unter III 31, Anhang 1. Zur Vergabe von Schulbuchaufträgen durch Kommunen siehe auch das Schreiben des Staatsministeriums für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie vom 10.5.2005 Nr. 5800 – I/4 a – 6204 (abgedruckt unter Anhang 4).

Die vorgenannten Wertgrenzen sind durch die Bek. der Bayer. Staatsregierung vom 3.3.2009 (abgedruckt unter Anhang 6) angehoben worden. Siehe vor allem Nr. 3 dieser Bek. Die Bekanntmachung gilt vom 4.3.2009 bis einschließlich 31.12.2011.

14.2.1.2 Aufträge ab einem Schwellenwert von 207 000 € ohne Umsatzsteuer

Nach § 3 VOL/A-EG (Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18/EG ist für Lieferaufträge ab einem geschätzten Auftragswert in Höhe von 200 000 € ohne Umsatzsteuer (§ 2 Nr. 2 VgV i. V. mit § 1 Abs. 1 VgV) grundsätzlich ein offenes Verfahren (öffentliche Ausschreibung) durchzuführen. Ein nicht offenes Verfahren ist nur zulässig, wenn

- a) die Leistung nach ihrer Eigenart nur von einem beschränkten Kreis von Unternehmen in geeigneter Weise ausgeführt werden kann, besonders wenn außergewöhnliche Eignung (§ 2 VOL/A-EG Absatz 1 Satz 1) erforderlich ist,
- b) das offene Verfahren für den Auftraggeber oder die Bewerber einen Aufwand verursachen würde, der zu dem erreichbaren Vorteil oder dem Wert der Leistung im Missverhältnis stehen würde,
- c) ein offenes Verfahren kein wirtschaftliches Ergebnis gehabt hat,
- d) ein offenes Verfahren aus anderen Gründen unzumutbar ist.

Im Ausnahmefall können Aufträge im Wege eines Teilnahmeverfahrens oder des Verhandlungsverfahrens vergeben werden; siehe dazu § 3 Abs. 3 und 4 VOL/A-EG.

14.2.2 Kauf von lernmittelfreien Büchern

Beim Kauf von lernmittelfreien Büchern gibt § 7 Abs. 3 BuchPrG zwingend eine Rabattstaffel vor, von der nicht abgewichen werden darf. Eine öffentliche oder beschränkte Ausschreibung kann also kein anderes Ergebnis erbringen als die Einholung von formlosen Angeboten im Rahmen einer freihändigen Vergabe, zumal auch keine zusätzlichen Preisnachlässe in Form von Barzahlungsrabatten oder Skonto eingeräumt werden dürfen. Bewerber, die gegen die o. g. Grundsätze verstoßen, müssen vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werden. Die übriggebliebenen zu wertenden Angebote müssen folglich alle gleichwertig sein. Da eine weitere Differenzierung, z. B. über die Eignung der Bieter, nur schwerlich möglich ist, bleibt als letzte Entscheidungshilfe ein Losentscheid. Bei Anwendung dieses Verfahrens ist bereits in den Ausschreibungsunterlagen darauf hinzuweisen. Ein Bieter, der durch Losentscheid den Zuschlag erhalten hat, sollte für ein weiteres Losverfahren ausgeschlossen werden; das ist allerdings nur möglich, wenn diese Vorgehensweise vorweg in den Ausschreibungsunterlagen so festgelegt wird.

Folgende Vorgehensweise empfiehlt sich:

14.2.2.1 Auftragsvolumen unterhalb von 200 000 € ohne Umsatzsteuer

- bis 30 000 € (ohne Umsatzsteuer) Freihändige Vergabe (analoge Anwendung der Nr. 1.2.2 der Vergabebek. vom 14.10.2005, abgedruckt als Anhang 1),
- über 30 000 € bis einschließlich 100 000 € (jeweils ohne Umsatzsteuer) – siehe Nr. 1.2.1 IMBek vom 14.10.2005, Anhang 1 zu III 31 – Beschränkte Ausschreibung, evtl. nach Durchführung eines Teilnahmewettbewerbs, nach Wertung der Angebote und Ausschluss der nicht zulässigen Angebote bleiben grundsätzlich nur gleichwertige Angebote übrig, Erteilung des Zuschlags im Losverfahren.

14.2.2.2 Auftragsvolumen ab dem EG-Schwellenwert von 200 000 € ohne Umsatzsteuer

Ab diesem Auftragswert ist grundsätzlich ein Offenes Verfahren nach § 3 VOL/A-EG durchzuführen. Die Ausführungen unter Nr. 14.2.1.2 gelten sinngemäß.

Mit Beschluss vom 19.12.2007 hat das Oberlandesgericht München bestätigt, dass auch bei preisgebundenen Büchern ein europaweites offenes Verfahren durchzuführen ist. In seinem Beschluss führt das OLG München u. a. aus:

„Sinn der Buchpreisbindung ist es, durch die Festsetzung verbindlicher Preise beim Verkauf an Letztabnehmer den Erhalt eines breiten Buchangebotes zu sichern und damit das Kulturgut Buch zu schützen. Durch das Buchpreisbindungsgesetz soll gleichzeitig gewährleistet werden, dass dieses Angebot für eine breite Öffentlichkeit zugänglich ist, indem es die Existenz einer großen Zahl von Verkaufsstellen fördert, § 1 BuchPrG ...

Sinn des europäischen Vergaberechts ist es, durch öffentliche Ausschreibung den Wettbewerb mit dem Ziel einer wirtschaftlich günstigen Beschaffung der Leistungen zu sichern und jedem Bieter unter gleichen Bedingungen den Zugang zum Markt der öffentlichen Aufträge zu ermöglichen, § 97 GWB.

Wenn sich auch die Zielsetzungen der beiden Gesetze grundlegend unterscheiden, indem auf der einen Seite für gleich hohe Preise auf der anderen Seite für möglichst günstige Preise gesorgt werden soll, bedeutet dies nicht, dass eine dieser Zielsetzungen die andere gänzlich ausschließt. Vielmehr stehen sich beide Gesetze gleichrangig gegenüber. Dies bedeutet, dass auch Aufträge bezüglich preisgebundener Schulbücher öffentlich auszuschreiben und entsprechend den Vorgaben des GWB und der VOL/A zu bewerten sind, dass aber auf der anderen Seite durch die Ausschreibung die Vorschriften des BuchPrG nicht verletzt werden dürfen. Diese Grundsätze sind bei der Beurteilung der einzelnen Rügen zu beachten.“

Weiter kommt das OLG München in seinem o. g. Beschluss zu folgenden Feststellungen:

- Es liegt kein Verstoß gegen das Buchpreisbindungsgesetz (§ 3 i. V. mit § 7 Abs. 4 Nr. 4) vor, wenn die ausschreibende Stelle verlangt, kostenlose Ansichtsexemplare zur Verfügung zu stellen.
- Nach § 7 Abs. 1 Nr. 3 BuchPrG gilt die Preisbindung nicht beim Verkauf von Büchern, die an Lehrer zum Zwecke der Prüfung einer Verwendung im Unterricht geliefert werden. Daher ist es zulässig nach der Lieferung und nach Rabatten für Lehrerprüfstücke zu fragen.

Weiter überprüfte das OLG München die Zulässigkeit eines Nachlasses für preisreduzierte Mängel Exemplare, die Nachfrage nach einem Rabatt für Bücher mit aufgehobener Preisbindung und das Verlangen, Ergänzungslieferungen, die nicht zu den in der Schule verwendeten Auflagen passen, umzutauschen. Das OLG kam zu dem Ergebnis, dass in allen drei Fällen ein Verstoß gegen das Buchpreisbindungsgesetz vorliegt. Weitere Ausführungen zum Beschluss des OLG München vom 19.12.2007 siehe FSt Rd.Nr. 129/2008.

14.2.3 Zusammenzählung der Einzelwerte aller Beschaffungen

Zur Frage, ob die Einzelwerte aller Beschaffungen der gesamten Schulen eines kommunalen Sachaufwandsträgers zusammenzuzählen sind, enthält das nachstehende Schreiben des Staatsministeriums für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie vom 10.5.2005 Nr. 580. I/4 a – 6204 in Nr. 2 (abgedruckt als Anhang 4) Hinweise.

15. Vergabe von Strom- und Erdgaslieferverträgen durch die Kommunen

Verträge über die Vergabe von Strom- und Erdgaslieferungen unterliegen grundsätzlich der Ausschreibungspflicht.

15.1 Verträge unterhalb des Schwellenwerts

Bei Verträgen unterhalb des Schwellenwerts (siehe § 2 Nr. 2 VgV und bei Sektorauftraggebern § 1 Abs. 2 SektVO i. V. mit der jeweiligen Verordnung der EU-Kommission) gelten die Grundsätze des § 31 KommHV-Kameralistik (§ 30 KommHV-Doppik). Danach muss der Vergabe von Aufträgen eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Beschränkte Ausschreibung oder eine Freihändige Vergabe rechtfertigen. Außerdem sind die Grundsätze des EG-Primärrechts zu beachten (Transparenz, Gleichbehandlung, angemessener Grad von Öffentlichkeit); siehe dazu auch Nr. 3 der IMBek vom 14.10.2005, abgedruckt als Anhang 1 zu § 31 KommHV-Kameralistik. Eine beschränkte Ausschreibung und eine freihändige Vergabe scheidet danach grundsätzlich aus.

15.2 Verträge ab dem Schwellenwert

Bei der Vergabe von Aufträgen ab dem jeweils gültigen Schwellenwert gelten die Vorschriften der §§ 97 ff. GWB sowie die VOL/A-EG bzw. im Sektorenbereich die Sektorenverordnung.

Nach § 3 Abs. 2 VgV ist es unzulässig, den Wert eines beabsichtigten Auftrags in der Absicht zu schätzen oder aufzuteilen um den Schwellenwert zu unterschreiten und damit den Auftrag dem bundesrechtlichen Vergaberecht zu entziehen (§ 3 Abs. 2 VgV).

Dazu hat das Bayer. Staatsministerium des Innern in seinem Schreiben vom 25.9.2008 folgende Hinweise gegeben:

„1. Zur Ermittlung des Schwellenwertes sind die Auftragswerte aller Lieferungen zu addieren, die von einer Körperschaft für ihre verschiedenen (unselbstständigen) Liegenschaften zum annähernd gleichen Zeitpunkt und mit grundsätzlich gleichem Inhalt vereinbart werden.

Werden aus sachlichen Gründen unterschiedliche Laufzeiten vereinbart, so ist die Deckung eines zum gleichen Anfangszeitpunkt bestehenden Bedarfs in einer Ausschreibung mit verschiedenen Losen zu vergeben. Die Auftragswerte der Lose sind aber bei der Ermittlung des Schwellenwertes als gleichartige Leistungen zu addieren (§ 3 Abs. 7 Satz 2 VgV). Dies gilt auch, wenn unterschiedliche Tarifstrukturen vereinbart werden.

Eine Aufteilung auf verschiedenen Ausschreibungen wäre jedenfalls künstlich und verstieße gegen § 3 Abs. 2 VgV.

Auf das Schreiben des Staatsministerium für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie vom 30.06.2005, das auch die VOL-Stellen der Regierungen erhalten haben, nehmen wir Bezug.

2. Zur Bewertung, ob der Schwellenwert erreicht ist, ist außerdem die Laufzeit der Verträge zu berücksichtigen. Sind die Verträge unbefristet oder ist die Vertragsdauer nicht absehbar, errechnet sich der Vertragswert aus der monatlichen Zahlung multipliziert mit 48 (§ 3 Abs. 4 Nr. 2 VgV).“

15.3 Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht – Inhouse-Geschäfte

1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) liegt kein öffentlicher Auftrag, sondern eine Inhouse-Vergabe vor, wenn der Auftraggeber
 - über die betreffende Einrichtung eine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt und
 - die betreffende Einrichtung im Wesentlichen für die Körperschaft oder die Körperschaften tätig ist, die ihre Anteile innehaben, z. B. einem Zweckverbund. Siehe dazu I Nr. 2 der Handreichung des Bayer. Staatsministeriums für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie zur Vergabe und Nachprüfung öffentlicher Aufträge nach dem GWB, abgedruckt als Anhang 13 zu § 31 KommHV-Kameralistik.

Zur Inhouse-Abgabe siehe auch die Abhandlung zum Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 8.5.2014 – Rs. C-15/13 in der Zeitschrift Fundstelle Nr. 1/2015 Rd.Nr. 2.

2. Zur Frage, welche Vergaben von der Ausschreibungspflicht ausgenommen sind, hat das Innenministerium im oben genannten Schreiben vom 25.9.2008 wie folgt Stellung genommen:

„1. Verträge, die als **Inhouse-Geschäfte** zu bewerten sind, sind von der Ausschreibungspflicht ausgenommen. Eine Inhouse-Konstellation kann insbesondere dann vorliegen, wenn eine Kommune den Strom von ihren als GmbH ohne private Beteiligung geführten Stadtwerken bezieht. Dem steht das vom EuGH entwickelte Wesentlichkeitskriterium nicht grundsätzlich entgegen. Zwar sind die Stadtwerke im Wesentlichen nicht für die Versorgung der kommunalen Einrichtungen, sondern für die Versorgung der übrigen Kunden tätig. Auch diese Tätigkeit ist aber der Kommune zuzurechnen, soweit sie der Erfüllung von deren Aufgaben der Daseinsvorsorge dient.

2. Dagegen ist die Ausschreibung von Verträgen zur Lieferung von **Erdgas** nicht mit der Begründung entbehrlich, es bestehe hier noch kein echter Markt bzw. es seien derzeit nur regionale Anbieter interessiert. Dies entbindet grundsätzlich nicht von einer Anwendung der Vergabebestimmungen, sondern kann sich im Einzelfall allenfalls bei der Ermittlung der rechtlich zulässigen Vergabeart auswirken.

Bei bereits vor der Liberalisierung des Gasmarktes abgeschlossenen, unbefristeten Verträgen ist eine Kündigung aus vergaberechtlichen Gründen nicht zwingend erforderlich. Der haushaltsrechtliche Grund-

satz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit gebietet es aber, die Verträge in regelmäßigen Abständen auf ihre Wirtschaftlichkeit hin zu überprüfen.

Wesentliche Änderungen der Vertragskonditionen (z. B. Preis, vertragstypische Leistungspflichten etc.) unterliegen den Vergabebestimmungen; sie kommen einem Neuabschluss gleich.“

15.4 Rahmenvereinbarungen

In Nr. 4.2 der Bekanntmachung des Bayer. Staatsministeriums des Innern vom 14.10.2005 (abgedruckt als Anhang 1 zu § 31 KommHV-Kameralistik) wird darauf hingewiesen, dass die vergaberechtlichen Verpflichtungen auch dann zu beachten sind, wenn eine Kommune einer bereits bestehenden Rahmenvereinbarung (z. B. zur Stromlieferung) beitreten will. Das bedeutet, dass vor Beitritt einer Kommune zu einer Rahmenvereinbarung ein Ausschreibungsverfahren durchzuführen ist. Ein Beitritt außerhalb eines Vergabeverfahrens oder eine automatische Verlängerung eines bestehenden Vertrags unter Geltung wesentlich neuer Konditionen verstößt gegen das Vergaberecht.

Dazu, welche Änderungen als wesentlich zu betrachten sind, hat sich der EuGH in seinem Urteil vom 19.6.2008 (C-454/06, presstext Nachrichtenagentur) geäußert.

15.5 Bündelausschreibungen

Um möglichst günstige Preise zu erzielen, besteht für die Kommunen die Möglichkeit, sich an sogenannten Bündelausschreibungen für Strom und Gas zu beteiligen. Nähere Informationen dazu gibt es im Artikel „Im Bündel billiger“ in der Bayer. Staatszeitung vom 22.3.2013 Nr. 12. Hingewiesen wird auch auf die Abhandlung in der Zeitschrift Der Bayer. Bürgermeister Nr. 9/2014 S. 285 und auf das Rundschreiben des Bayer. Gemeindetags vom 19.3.2015.

16. Ausschreibung von kommunalen Grundstücksverkäufen

In seiner Entscheidung vom 25.3.2010 Az.: C-451/08 hat der Europäische Gerichtshof zum Begriff „öffentliche Bauaufträge“ Stellung genommen.

Der Tenor des Urteils lautet:

„1. Der Begriff „öffentliche Bauaufträge“ im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge setzt nicht voraus, dass die Bauleistung, die Gegenstand des Auftrags ist, in einem gegenständlichen oder körperlich zu verstehenden Sinn für den öffentlichen Auftraggeber beschafft wird, wenn sie diesem unmittelbar

wirtschaftlich zugutekommt. Die Ausübung von städtebaulichen Regelungenzuständigkeiten durch den öffentlichen Auftraggeber genügt nicht, um diese letztgenannte Voraussetzung zu erfüllen.

2. Der Begriff „öffentliche Bauaufträge“ im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/18 erfordert, dass der Auftragnehmer direkt oder indirekt die Verpflichtung zur Erbringung der Bauleistungen, die Gegenstand des Auftrags sind, übernimmt und dass es sich um eine nach den im nationalen Recht geregelten Modalitäten einklagbare Verpflichtung handelt.
3. Die „vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernisse“ im Sinne der dritten in Art. 1 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/18 genannten Fallgestaltung können nicht in dem bloßen Umstand bestehen, dass eine Behörde bestimmte, ihr vorgelegte Baupläne prüft oder in Ausübung ihrer städtebaulichen Regelungszuständigkeiten eine Entscheidung trifft.
4. Unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens ist eine öffentliche Baukonzession im Sinne von Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18 abzulehnen.
5. Die Bestimmungen der Richtlinie 2004/18 finden unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens keine Anwendung auf eine Situation, in der eine öffentliche Stelle ein Grundstück an ein Unternehmen veräußert, während eine andere öffentliche Stelle beabsichtigt, einen öffentlichen Bauauftrag in Bezug auf dieses Grundstück zu vergeben, auch wenn sie noch nicht formell beschlossen hat, den entsprechenden Auftrag zu erteilen.“

Zudem wurde der Begriff „**Bauftrag**“ in § 99 Abs. 3 GWB durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20.4.2009 (BGBl. I S. 790) neu definiert. Danach sind

Baufträge Verträge über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerkes für den öffentlichen Auftraggeber, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll, oder einer dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommenden Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen.

Mit dieser Änderung werden rechtliche Unklarheiten beseitigt. Durch die Ergänzung des § 99 Abs. 3 GWB hat der Normgeber zum Ausdruck gebracht, dass eine Bauleistung im Sinne dieses Gesetzes nur vorliegt, wenn diese, die Bauleistung, dem öffentlichen Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt. Denn, so in der Gesetzesbegründung, ein Bauauftrag setzt einen eigenen Beschaffungsbedarf des Auftraggebers voraus, wobei allein die Verwirklichung einer von dem Planungsträger angestrebten städtebaulichen Entwicklung **nicht** als einzukaufende Leistung ausreicht. Weitere Voraussetzung für das Vorliegen eines öffentlichen Bauauftrages ist, dass die direkte oder indirekte Verpflichtung zur Erbringung der Bauleistung eine einklagbare Verpflichtung ist (siehe Nr. 2 des Tenors der EuGH-Entscheidung vom 25.3.2010).

Unter die Kategorie der ausschreibungspflichtigen öffentlichen Bauaufträge und Baukonzessionen fallen allerdings solche Grundstücksveräußerungen, die einen eigenen Beschaffungsbedarf der Kommune decken und dieser damit unmittelbar wirtschaftlich zugutekommen. Das trifft zu, wenn sich die Kommune zu ihrer Aufgabenerfüllung Dritter bedient. Folgende Fallgestaltungen sind z. B. denkbar: Die Kommune verkauft ein Grundstück und verpflichtet den Erwerber auf dem Grundstück zum Bau und Betrieb eines Kindergartens, eines Altenpflegeheims, einer Sporthalle usw.

Das Bayer. Staatsministerium des Innern hat zur **Prüfung des Auftragsbegriffs nach § 99 Abs. 3 bzw. Abs. 6 GWB** unter Berücksichtigung des Urteils des EuGH vom 25.3.2010, C-451/08 eine **Handreichung** mit Datum vom 20.12.2010 erstellt. Diese ist abgedruckt als Anhang 9 zu III 31. Mit Hilfe dieser Handreichung kann in Einzelschritten geprüft werden, ob bei einem kommunalen Grundstücksgeschäft die vergaberechtlichen Vorschriften anzuwenden sind. Bezugnehmend auf die Handreichung weist das Innenministerium u. a. in seinem Schreiben vom 8.6.2011 Nr. I B 3-1512.4-196 auf Folgendes hin:

- Die in Ziffer 2.1.2 der Handreichung getroffene Feststellung einer Entgeltleistung der Kommune für die Bauleistung führt zweifelsfrei dazu, dass ein öffentlicher Auftrag nach dem GWB vorliegt.

(Fortsetzung Seite 43)